

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
TURMA ESPECIAL DE CHAPECÓ - MINTER

Marylisa Pretto Favaretto

FATO CONSUMADO EM DIREITO AMBIENTAL
NA SOCIEDADE DE RISCO

Dissertação submetida ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina
para a obtenção do Grau de Mestre em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rogério Portanova

Florianópolis
2011

Catalogação na fonte pela Biblioteca Universitária
da
Universidade Federal de Santa Catarina

F272f Favaretto, Marylisa Pretto

Fato consumado em direito ambiental na sociedade de risco [dissertação] / Marylisa Pretto Favaretto / orientador, Rogério Silva Portanova. - Florianópolis, SC, 2011.

118 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.


Inclui referências

1. Direito. 2. Direito ambiental. 3. Responsabilidade por dados ambientais. 4. Responsabilidade (Direito). I. Portanova, Rogério Silva. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

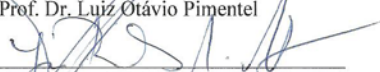
CDU 34

Ata nº 671 da sessão de julgamento da dissertação da mestranda *Marylisa Pretto Favaretto* do Curso de Mestrado MINTER/UNOCHAPECÓ.

Aos trinta e um dias do mês de outubro de dois mil e onze, na sala 305 do PPGD, às dezoito horas e trinta minutos, reuniu-se a banca examinadora designada pelo Coordenador do Programa (Portaria nº 147/PPGD/2011), composta pelos professores: Dr. Luiz Otávio Pimentel - UFSC (presidente), Dr. José Rubens Moratto Leite – UFSC (membro), Dra. Silvana Teresinha Winckler – UNOCHAPECÓ (membro) e Dra. Cristiane Derani – UFSC (suplente) para julgamento da dissertação da mestranda *Marylisa Pretto Favaretto*, intitulada **“Fato consumado em direito ambiental na sociedade de risco”**. Abertos os trabalhos, o senhor presidente designou a mim, Douglas Kaminski, para secretariar a sessão, e, logo a seguir, após se referir às normas regulamentares, deu a palavra à mestranda que no prazo de cinquenta minutos expusesse o seu trabalho, o que foi feito. Terminada a exposição passou-se à arguição. Os componentes da banca fizeram suas críticas e observações pelo prazo de vinte minutos, obedecida à seguinte ordem: Prof. Dr. José Rubens Moratto Leite e Prof.^a Dra. Silvana Teresinha Winckler. Concluída cada arguição, a mestranda dispôs de vinte minutos para responder à arguição de cada componente da banca. Uma vez esgotado o prazo deferido para a mestranda responder ao último examinador, o senhor presidente suspendeu a sessão para que fosse feito o julgamento. Realizada a avaliação prevista no art. 80 do Regimento Interno, resultou que a dissertação foi APROVADA COM ALTERAÇÕES. Reabertos os trabalhos, o senhor presidente deu conhecimento dos resultados, esclarecendo que a mestranda tem, a contar desta data, os prazos regimentais constantes no art. 86 do Regimento Interno, para entregar os exemplares devidamente corrigidos, contendo as alterações determinadas pela banca examinadora. A inobservância implicará na perda do título. Por fim, o presidente agradeceu a presença de todos e deu por encerrada a sessão, da qual eu, Douglas Kaminski, lavrei a presente Ata que vai devidamente assinada pela banca examinadora e pela mestranda aos trinta e um dias do mês de outubro do ano dois mil e onze.



Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel



Prof. Dr. José Rubens Moratto Leite



Prof.^a Dra. Silvana Teresinha Winckler



Mestranda: *Marylisa Pretto Favaretto*

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a meu orientador, Professor Dr. Rogério Portanova, que muito contribuiu para a elaboração desta dissertação. Como conhecimento agregado, seus ensinamentos sempre serão utilizados no meu dia a dia.

Aos demais professores da Universidade Federal de Santa Catarina, que me deram a oportunidade de olhar o direito de uma forma mais humana.

Ao professor da Unochapecó, Reginaldo Pereira, pela amizade, dedicação e contribuição ao presente trabalho.

Aos colegas e amigos de mestrado, pelas memoráveis horas de convivência e aprendizado.

E, principalmente, ao meu esposo David e meus filhos Luísa e Arthur pela compreensão dispensada nas infindáveis horas de afastamento, bem como, pela tolerância diante da habitual desatenção originária da preocupação para concretizar com o máximo de qualidade possível a presente pesquisa.

RESUMO

A presente dissertação, desenvolvida na área de Direito, Estado e Sociedade do Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina – na linha de pesquisa Sociedade, Controle Social e Sistema de Justiça, tem como objetivo examinar como a jurisprudência brasileira vem tratando o fato consumado em litígios envolvendo o meio ambiente diante da irresponsabilidade organizada que pauta a sociedade de risco. A partir da metade do século XX, com a consolidação de uma massa de consumidores, o sistema econômico, principalmente nos países centrais, passou a agregar aos processos fabris matérias-primas e energias com alto grau de risco agregado. Tais fatores possibilitaram a emergência da sociedade de risco, pautada numa lógica de geração e distribuição espacial dos riscos ou dos problemas que geram. Dentre as características dessa forma de sociedade, destaca-se a irresponsabilidade organizada, fenômeno que ocorre pela invisibilidade e imprevisibilidade dos riscos a que são submetidas as pessoas e também pela inaptidão do estado em mensurá-los e geri-los. A perda do poder normativo do Estado em um ambiente de irresponsabilidade organizada impõe limites à atuação da administração pública no concernente à prevenção da ocorrência de danos ambientais. Eles se originam, muitas vezes, da ocupação de espaços especialmente protegidos. Neste cenário é de grande relevância problematizar o papel exercido pelo judiciário na reparação de danos ambientais, com a adoção de meios que visem equacionar as situações consolidadas, quer pela imposição de medidas de adequação ou ainda pela aplicação de medidas extremas como a demolição. É da mesma forma importante, e por isso foco deste trabalho, buscar na jurisprudência brasileira casos concretos que demonstrem qual o posicionamento que os tribunais vêm adotando em relação ao fato consumado em direito ambiental.

Palavras-chave – Sociedade de risco. Irresponsabilidade organizada. Papel do Judiciário frente às situações consumadas.

ABSTRACT

This thesis, developed in the area of Law, State and Society of the post Graduate Course in Law, at the Centre for Legal Sciences of the Santa Catarina Federal University (Universidade Federal de Santa Catarina) – in the research line of Society, Social Control and the Justice System, aims to examine the Brazilian case law which has been treating the accomplished fact (*Fait accompli*) in litigation involving the environment in the face of organized irresponsibility which guides the society of risk. From the mid-20th century, with the consolidation of the mass of consumers, the economic system, mainly in the central countries, went on to add raw materials and energies manufacturing processes with a high degree of added risk. These factors have enabled the emergence of a risk society, guided by a generation and spatial distribution logic of the risks or problems they generate. Among the features of this form of society, stands out the organized irresponsibility, a phenomenon that occurs by invisibility and unpredictability of the risks to which people are subjected and also by the inadequacy of the State to measure them and manage them. The loss of the normative power of the State in an environment of organized irresponsibility imposes limits on the performance of public administration in regards to the prevention of the occurrence of environmental damage. They often originate from the occupation of especially protected areas. This scenario is of great relevance in problematizing the role exercised by the judiciary in the remedying of environmental damage, with the adoption of means aimed at reconciling the consolidated situations, either by the imposition of measures of adequacy or by applying extreme measures such as demolition. In the same way it is important, and therefore the focus of this work, to seek specific cases in Brazilian jurisprudence demonstrating what is the position which the courts have been adopting in relation to the accomplished fact (*Fait accompli*) in environmental law.

Keywords: Risk Society. Organized Irresponsibility. The role of the Judiciary faced with accomplished situations (*Fait accompli*).

LISTA DE QUADRO

Quadro 1: Pesquisa jurisprudencial com o posicionamento dos tribunais em relação à adoção da Teoria do Fato Consumado em matéria ambiental	103
--	-----

LISTA DE ABREVIATURAS

CMMAD - Comissão Mundial para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento
CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente
CONJUR/MMA - Consultor Jurídico do Ministério do Meio Ambiente
DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral
EPIA - Estudo Prévio de Impacto Ambiental
FATMA – Fundação do Meio Ambiente
FLORAM – Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis
IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis
IBDF – Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal
OIT - Organização Internacional do Trabalho
PNUMA - Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente)
RIMA - Relatório de Impacto Ambiental
RE – Recurso Extraordinário
REs- Recurso Especial
RJ – Rio de Janeiro
RN – Rio Grande do Norte
RS – Rio Grande do Sul
SC – Santa Catarina
SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente
SP – São Paulo
STF- Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TAC- Termo de Ajuste de Condutas
TFR – Tribunal Federal de Recursos
TJ – Tribunal de Justiça
TRF – Tribunal Regional Federal
WCED - Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento
– um grupo independente liderado por Gro Brundtland
instituído por solicitação da Assembleia Geral das Nações Unidas para elaborar uma “agenda global para a mudança”

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1 IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA NA SOCIEDADE DE RISCO.....	19
1.1 EVOLUÇÃO E CONCEITO SE SOCIEDADE DE RISCO	19
1.2 CARACTERÍSTICAS DA SOCIEDADE DE RISCO	31
1.2.1 Irresponsabilidade organizada.....	36
1.3 PODER NORMATIVO DO ESTADO.....	41
2 FATO CONSUMADO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	49
2.1 FATO CONSUMADO.....	49
2.2 FATO CONSUMADO EM AMBIENTES DE IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA: A NECESSIDADE DE UMA REORIENTAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL E DOS SEUS PRINCÍPIOS FACE AOS PROBLEMAS AMBIENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO	58
2.2.1 Princípio da prevenção e da precaução	60
2.2.2 Princípio do poluidor-pagador.....	64
2.2.3 Princípio da reparação integral	67
2.2.4 Princípio da proibição do retrocesso	70
2.3 OS LIMITES DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO FATO CONSUMADO E DOS PRINCÍPIOS QUE O ORIENTAM (ESTABILIDADE DOS FATOS SOCIAIS E SEGURANÇA JURÍDICA) FRENTE AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA HERMENÊUTICA AMBIENTAL (PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE).....	73
2.3.1 Princípio da proporcionalidade	74
2.3.2 Princípio da razoabilidade.....	77
2.3.3 Princípio da tolerância ou da tolerabilidade ambiental.....	80
3 O FATO CONSUMADO EM MATÉRIA AMBIENTAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	84
3.1 A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	84
3.2 DECISÕES FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO EM MATÉRIA AMBIENTAL	85
3.2.1 Agravo de instrumento nº. 200604000328214 do TRF 4ª. região – www.jf.sc.gov.br	85

3.2.2 Embargos infringentes nº. 20058400001585402 do TRF 5ª. Região – www.trf5.jus.br	86
3.2.3 Apelação cível nº. 70026151829 do TJRS – www.tjrs.jus.br ..	88
3.2.4 Apelação cível nº. 2010.067830-9 do TJSC – www.tjsc.gov.br	90
3.2.5 Apelação cível nº. 2008.070130-2 do TJSC– www.tjsc.gov.br	91
3.2.6 Apelação cível nº. 2008.020378-9 do TJSC– www.tjsc.gov.br	92
3.2.7 Embargos infringentes nº. 2004.022725-6 do TJSC - www.tjsc.gov.br	92
3.3 DECISÕES CONTRÁRIAS À APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO EM MATÉRIA AMBIENTAL	93
3.3.1 Recurso especial nº. 769.753-SC – www.stj.gov.br	93
3.3.2 Mandado de segurança nº. 200501858123 do STJ - www.stj.gov.br	94
3.3.3 Remessa <i>ex officio</i> em ação cível nº. 200285000027419 do TRF 5ª Região - www.trf5.jus.br	95
3.3.4 Apelação cível nº. 70038459277 do TJRS - www.tjrs.jus.br ...	95
3.3.5 Agravo de instrumento nº. 0141822-02.2008.8.26.0000 do TJSP - www.tjsp.jus.br	97
3.3.6 Apelação cível nº. 9213818-09.2005.8.26.0000 do TJSP - www.tjsp.jus.br	97
3.3.7 Apelação cível nº. 0066006-87.2003.8.26.0000 do TJSP - www.tjsp.jus.br	98
3.3.8 Apelação cível nº. 9065682-75.2002.8.26.0000 do TJSP - www.tjsp.jus.br	99
3.3.9 Apelação cível nº. 9159124-90.2005.8.26.0000 do TJSP - www.tjsp.jus.br	99
3.3.10 Apelação cível nº. 0000994-34.2008.8.19.0037 do TJRJ - www.tjrj.jus.br	100
3.3.11 Apelação cível nº. 2011.024559-8 do TJSC - www.tj.sc.gov.br	101
3.3.12 Agravo de instrumento nº. 2007.029498-4 do TJSC - www.tj.sc.gov.br	102
4 CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	108

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo principal analisar como a teoria do fato consumado vem sendo aplicada pelos tribunais brasileiros na solução de controvérsias relacionadas às questões ambientais em contextos de irresponsabilidade organizada.

Atualmente, a crise ambiental atingiu patamares elevados e a manutenção das mesmas atitudes indiferentes da sociedade vem acelerando o seu agravamento. Em relação às questões ambientais que chegam ao judiciário, muitas vezes em suas decisões os tribunais acolhem a teoria do fato consumado. Essa teoria inclui situações irregulares em sua origem, e, por esse motivo, se aplicada, deve ser feita com cautela, partindo de raciocínios que evidenciem a melhora ou, no mínimo, a manutenção dos níveis atuais de qualidade do meio ambiente.

O trabalho aqui apresentado tem por base a teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck. Tem-se o conhecimento da existência de inúmeros autores que abordam o assunto. Entretanto, a análise autocrítica social de Beck se apresenta como a mais adequada, na medida em que apresenta um leque variável de propósitos referentes à irresponsabilidade organizada.

O motivo da escolha do tema da pesquisa reside na constatação de que a degradação do meio ambiente ultrapassa as esferas do direito e solicita amparo de outras áreas do saber humano para a sua compreensão, em virtude do caráter transdisciplinar que apresenta.

O trabalho divide-se em três capítulos. No primeiro, é realizado um breve histórico do surgimento da crise ambiental, bem como é elaborada uma análise da consolidação e das características da sociedade de risco, em particular, da irresponsabilidade organizada.

O Direito Ambiental não se restringe apenas à doutrina, aos princípios e às normas específicas da ciência jurídica. Ele abarca outras legislações, sempre com objetivo de introduzir uma melhor qualidade de vida ao ser humano, mas, por outro lado, mantendo o meio ambiente sadio, por meio do amplo número de normas que o constituem. Cumpre ressaltar que o legislador brasileiro, na Constituição Federal de 1988, considerou o bem ambiental como um direito fundamental do ambiente, tendo como princípio as novas exigências do Estado de Direito Ambiental.

Na esfera infraconstitucional, o meio ambiente é resguardado por normas que objetivam a sua preservação com qualidade de vida aos habitantes da atual e das futuras gerações, fornecendo os meios para o exercício do direito. A tutela jurisdicional no dano ambiental é a

garantia que toda a pessoa tem de buscar no judiciário, com amparo em norma legal, a proteção de seus direitos. A tutela pode ser individual ou coletiva.

No segundo capítulo, procede-se a análise da teoria do fato consumado, que nada mais é do que vestir de legalidade um ato ilegal que inicialmente teve concedida, ainda que de forma precária, a tutela jurídica, e que, por se protrair no tempo devido à inércia do Poder Judiciário, passou a ser frequentemente utilizada e muitas das vezes por ser mais cômoda.

Para os que defendem a utilização da teoria em questão, dois são os principais argumentos: a estabilidade dos fatos sociais e a segurança jurídica.

No que concerne à utilização da teoria em questão na esfera ambiental, tem-se levado em conta para sua aplicação a observância dos princípios que norteiam o direito ambiental, que são: princípio da prevenção, princípio da precaução, princípio do poluidor-pagador, princípio da reparação integral e princípio do não retrocesso ecológico. Também constam os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da tolerabilidade. É prescindível que o indivíduo que teve uma liminar concedida na origem do processo, e pela morosidade do judiciário, passou anos sem uma decisão transitada em julgado para pôr termo àquela lide, já incorporou à sua vida aquela decisão inicial, apesar do caráter precário.

A teoria do fato consumado, com relação à sua aplicação ao Direito Ambiental, necessita da observância aos princípios legais em virtude de sua classificação como direito fundamental e em razão de atingir a toda a coletividade.

O terceiro capítulo destina-se a apresentar o atual estágio de aplicação da teoria do fato consumado por tribunais brasileiros em decisões relacionadas ao meio ambiente.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa, partiu-se do pressuposto de que o Estado e a sociedade têm uma missão importante na questão ambiental. É imprescindível que as pessoas tenham consciência de que seus atos agora praticados em relação ao meio ambiente poderão, de fato, ecoar por toda a eternidade, levando consequências para as futuras gerações. É sobre tal que se pretende refletir nas páginas que se seguem.

1 IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA NA SOCIEDADE DE RISCO

O trabalho que ora se inicia tem como objetivo principal analisar se a teoria do fato consumado pode ser adotada para a solução de controvérsias relacionadas à seara ambiental em contextos de irresponsabilidade organizada. Para tanto, estabelece-se como hipótese – proposição provisória que pode ou não ser confirmada ao longo da pesquisa – que, dadas as proporções da crise ambiental e as características do modelo de sociedade que vem contribuindo para o agravamento da citada crise, tal teoria (fato consumado), por consolidar situações irregulares em sua origem, se aplicada, deve ser feita com parcimônia, a partir de critérios que evidenciem a melhora ou, no mínimo, a manutenção dos níveis atuais de qualidade do meio ambiente.

A discussão a ser travada é mediada pela teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck. Além desta, tem-se a ciência da existência de várias abordagens possíveis acerca do papel do risco nas dinâmicas sociais atuais¹. Todavia, a análise autocrítica social de Beck se apresenta mais adequada, na medida em que evidencia uma variável chave para os propósitos da presente pesquisa, qual seja a irresponsabilidade organizada.

A justificativa para a escolha da temática do presente capítulo – eminentemente sociológica – reside na constatação de que os problemas na esfera do ambiente ultrapassam os limites epistemológicos do direito e exigem aportes de outras áreas do saber humano para a sua correta apreensão, dado o caráter transdisciplinar que apresentam.

1.1 EVOLUÇÃO E CONCEITO SE SOCIEDADE DE RISCO

A partir da metade do século XX, com o fortalecimento de uma massa de consumidores, o sistema econômico, principalmente nos países centrais, passou a agregar aos processos fabris matérias-primas e energias com alto grau de risco agregado. Tais fatores possibilitaram a emergência da sociedade de risco pautada numa lógica de geração e distribuição espacial dos riscos ou dos problemas que geram.

¹ Mattedi (2002, p. 129-51) sustenta a existência de quatro estratégias utilizadas pelas ciências sociais para a explicação da relação entre os problemas ambientais e o risco: a) a abordagem culturalista de Mary Douglas e Aaron Wildavski; b) a análise sistêmica de Niklas Luhmann; c) a interpretação fenomenológica de Antony Giddens e; d) a interpretação autocrítica social de Ulrich Beck.

Dentre as características da sociedade de risco, destaca-se a irresponsabilidade organizada que, na verdade, é um fenômeno que ocorre pela invisibilidade e imprevisibilidade dos riscos a que são submetidas as pessoas e também pela inaptidão do Estado em mensurá-los e geri-los. Esse fenômeno atinge a humanidade de forma global e seus efeitos alcançam as presentes e futuras gerações.

Segundo Beck (2010), a sociedade contemporânea vive um momento de transição de um modelo industrial para um modelo pós-industrial ou de risco. Entretanto, essa passagem não significa rompimento, mas uma transformação em elementos organizativos da modernidade industrial, evidenciados por alterações em processos socioeconômicos que tiveram origem na sociedade industrial e a ultrapassaram, em um sentido temporal.

A diversificação da modernidade impõe a convivência com riscos: não somente aqueles advindos do mundo natural, mas, sobretudo, os humanamente criados, que fugiram ao controle do homem. Tais riscos foram construídos pelo processo de desenvolvimento da ciência, da técnica, pelo seu desdobramento na indústria e aceleram o potencial da poluição, das guerras *high tech*, da bomba atômica, etc. (BRITO; RIBEIRO, 2003).

No momento em que se assume a situação de risco, advinda da excessiva produção social de riquezas, surgem as alterações na economia, no comportamento, na política. É uma situação que ocasiona uma insegurança dos mercados e da sociedade em geral, em decorrência de catástrofes ecológicas.

O resgate do surgimento e da evolução da sociedade industrial é premissa para um melhor entendimento da sociedade de risco. A sociedade industrial remonta ao final do século XVII e início do século XVIII, época em que os países centrais passavam de um período colonial para a era industrial. Nessa época, as sociedades eram carentes de recursos e ansiosas por melhorias nas condições de vida, ou seja, buscava-se mais conforto e facilidades.

Nos países centrais, as forças produtivas desenvolveram-se intensivamente, permitindo uma devastação das riquezas naturais em uma escala e velocidade sem precedentes na história do planeta (FOLADORI, 2001). A utilização indiscriminada dos recursos naturais, que foi acompanhada pela exploração da mão de obra assalariada, deveu-se em grande parte à ausência de controle social sobre as forças produtivas.

Comparando as sociedades pré-capitalistas com as capitalistas modernas, Romeiro (2003, p. 14-5) observa que, enquanto naquelas a

racionalidade econômica estava submetida a um conjunto de restrições de natureza não econômicas, nas sociedades industriais capitalistas modernas o “[...] uso dos recursos, tanto humanos como naturais, passa a ter quase nenhum controle social”.

As reações à exploração desmedida da força laboral fizeram-se sentir imediatamente e favoreceram a formação de um novo corpo social, o movimento obreiro, através de uma densa produção intelectual e de uma forte estrutura organizacional hierarquizada que se encontram na base da formação do Estado providência. Já no tocante à utilização desenfreada dos recursos naturais, “[...] só muito recentemente os agentes econômicos passaram a sofrer restrições em relação à forma como os vinham usando.” (ROMEIRO, 2003, p. 14).

Sob as luzes do liberalismo econômico que, após o *crash* da bolsa de valores de Nova York de 1929, foi gradativamente substituído pelo capitalismo dirigido, estruturou-se a sociedade industrial que somente não causou maiores impactos sobre o meio ambiente em virtude de limitações de ordem tecnológica que impediram um maior avanço sobre os recursos naturais.

A sociedade industrial é caracterizada por Beck (2006, p. 2) como sendo uma sociedade estatal e nacional, com estruturas coletivas e pleno emprego, sujeita a uma rápida industrialização através da exploração da natureza não visível, “[...] nas quais as relações e redes sociais e as comunidades se entendem essencialmente em um sentido territorial”.

Nessa sociedade, os conflitos estabelecidos entre os principais atores - distribuídos em classes sociais, nas quais o ser determinava a consciência - giravam em torno da distribuição das riquezas produzidas, da satisfação visível de necessidades materiais, da busca do ideal de igualdade (BECK, 1998).

O domínio do poder disciplinar é uma característica marcante da sociedade industrial. De acordo com Moraes e Nascimento (2002, p. 92):

[...] o poder disciplinar inaugura a sociedade da norma, do normal, do padrão, do comportamento que opera em função do modelo – um controle que se dá e se interioriza nas pessoas em função daquilo que elas deveriam ser. Nas escolas e nas fábricas, nos manicômios, o tempo ideal, as atitudes ‘normais’, os comportamentos-padrões, as ‘boas’ performances serão observados, comparados, medidos e descritos, servindo de parâmetro de classificação entre as pessoas.

Essa forma peculiar de organização social deveu-se à influência do positivismo científico, o qual surgiu, no último quarto do século XVIII, como “[...] utopia crítico-revolucionária da burguesia antiabsolutista, para tornar-se, no decorrer do século XIX, até os nossos dias, uma ideologia conservadora identificada com a ordem (industrial-burguesa) estabelecida.” (LÖWY, 1998, p. 18).

A era industrial bem como a do risco foram marcadas por trágicos acontecimentos, entre eles: as duas grandes guerras mundiais, Auschwitz, Hiroshima e Nagasaki, Harrisburg, Bhopal e Chernobil. Já no século XXI, destacam-se o derramamento de petróleo no Golfo do México e o acidente nuclear de Fukushima.²

A consolidação da modernidade industrial e a passagem desta para a sociedade de risco se deram de forma rápida e se basearam no avanço da tecnologia. Desde o século XVIII, várias invenções e inovações tecnológicas possibilitaram a produção mais eficaz de bens e o consequente consumismo desses bens pela população.

Cumprе ressaltar, também, que toda a evolução auferida na era industrial ocasionou uma expressiva concentração de renda nas mãos de poucas pessoas. O resultado é de que a maioria da população recebe uma pequena fatia da renda e, como consequência lógica, tem-se a desigual distribuição de renda entre os seres humanos.

Esse processo de modernização pautado no desenvolvimento técnico-econômico se deu - e continua ocorrendo - sem os devidos cuidados com os bens permanentes do planeta. A crença no progresso e a falta de cuidado com os bens naturais desencadearam uma crise ambiental sem precedentes e, em razão do mau uso do meio ambiente pelo ser humano, hoje a população sofre com a poluição dos rios, do ar, pelos efeitos ocasionados pelo desmatamento e pela produção de lixo, etc. Então, a sociedade transformou-se em fonte geradora de riscos, ou seja, uma sociedade que com objetivo de desenvolver-se econômica e tecnologicamente, visando proporcionar mais conforto e facilidade, transformou-se em uma sociedade de risco.

Não se trata de uma simples utilização da natureza para atender ao desenvolvimento econômico e tecnológico da sociedade, objetivando suprir os anseios de todas as ordens das populações. O próprio processo de modernização, segundo Beck (2010, p. 24), torna-se reflexivo, “[...] convertendo-se a si mesmo em tema e problema.”

² Na tabela 2.1 do próximo capítulo são apresentadas as principais tragédias ambientais ocorridas nas décadas de 1970/1980.

Da mesma forma, a desigualdade social está implicitamente ligada ao processo de modernização. E os países em desenvolvimento, em virtude da necessidade de se libertarem da pobreza, buscam sem limites o desenvolvimento científico-tecnológico. Então se tem que os conflitos sociais de uma sociedade, bem como o desenvolvimento técnico-científico, são formadores de riscos.

Tais fatores ressignificam o sentido de risco e o socializaram, pois, segundo Beck (2010, p. 25):

O conceito de risco tem realmente a importância sócio-histórica que lhe é aqui assinalada? Não se trata de um fenômeno originário de qualquer ação humana? Não serão os riscos justamente uma marca da era industrial, em relação à qual deveriam ser nesse caso isolados? É certo que os riscos não são uma invenção moderna. Quem - como Colombo - saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade com a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra 'risco' tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra.

Os efeitos da sociedade de risco não respeitam fronteiras políticas, pois são globalizantes. Tal é o caso relacionado ao desmatamento, cujas consequências atingem países com ampla cobertura florestal como a Noruega e a Suécia, que sequer dispõem de muitas indústrias poluentes. Porém, têm de pagar pelas emissões de poluentes de outros países altamente industrializados com a extinção de florestas, plantas e animais.

No início da era industrial os riscos eram captados com maior facilidade pelos sentidos humanos. Por outro lado, na fase contemporânea são imperceptíveis, apresentando-se insuscetíveis de percepção pelos meios sensitivos não sofisticados. Como exemplos, Beck (2010) cita as toxinas presentes em alimentos expostos à ação de agrotóxicos ou aquelas relacionadas à produção de energia de fonte nuclear.

Ainda, no começo da era industrial, os riscos eram ocasionados por problemas locais, tais como a falta de higiene e saneamento básico,

diferente dos dias de hoje, em que eles têm origem no avanço industrial, cujas consequências atingem a humanidade de forma global. Verifica-se, por tais motivos, uma ausência de preocupação em relação aos problemas ambientais originados em processos industriais, até porque, na época, imaginava-se que o meio ambiente sempre se renovaria, apesar das fortes agressões contra ele praticadas pelo ser humano.

Pardo (1999) descreve a existência de três momentos históricos que demonstram um tratamento diferenciado acerca dos riscos tecnológicos pelo direito ao longo da história: i) em um primeiro momento, preocupado com o progresso e o desenvolvimento econômico, o direito não levava em consideração os riscos decorrentes da tecnologia, sendo apenas os danos já concretizados objetos de decisão jurídica; ii) em seguida, quando se tornam evidentes os riscos e a degradação ambiental decorrentes da sociedade industrial, eles passam a ter relevância jurídica para justificar intervenções, prioritariamente corretivas, desencadeadas somente a partir da ocorrência de um dano. Nesse momento da sociedade industrial, os riscos consistem apenas em um critério de imputação de responsabilidade após a concretização de um dano, como elemento que justifica a atribuição da responsabilização a um determinado sujeito; e iii) finalmente, em função do potencial destrutivo da tecnologia no período pós-industrial, seu imediato e massificado consumo e a magnitude dos riscos desta era demonstram a necessidade de consideração prioritária dos riscos pelo direito, sendo estes objetos de decisão jurídica autônoma (sem a necessidade de concretizarem danos para adquirirem relevância jurídica).

Vê-se que na sociedade industrial, pautada em modelos de nexo cientificamente ancorados, o legislador preocupou-se com os danos já estabelecidos. Aqui a responsabilidade civil era chamada entre outros nomes de teoria do risco integral.

Já na sociedade pós-industrial ou de risco, devido à complexidade e à indeterminação dos danos impostos ao meio ambiente, o legislador obrigou-se a buscar novas soluções, uma vez que neste momento a extensão desses danos já ultrapassava as fronteiras dos Estados. Acolheu-se então a teoria da sociedade de risco, defendida por Beck, que estabelece a necessidade de gerenciar os riscos ambientais a partir de novos critérios, dentre os quais a invisibilidade, a globalidade e a indeterminação temporal.

O aparecimento de discussões em torno da sociedade de risco, na fase seguinte ao período industrial clássico, demonstra uma conscientização da sociedade moderna no tocante às ameaças de

catástrofes e desastres que agora se tornam realidade, diante do mau uso do bem ambiental pelo homem, em nome de interesses econômicos.

A sociedade de risco, de acordo com Beck (*apud* LEITE, 2008, p. 1):

[...] é aquela que, em função de seu contínuo crescimento econômico, pode sofrer a qualquer tempo as conseqüências de uma catástrofe ambiental. Nota-se, portanto, a evolução e o agravamento dos problemas, seguidos de uma evolução da sociedade (da industrial para a sociedade de risco), sem, contudo, uma adequação dos mecanismos jurídicos de solução dos problemas dessa nova sociedade. Há consciência da existência dos riscos, desacompanhada, contudo, de políticas de gestão, fenômeno denominado irresponsabilidade organizada.

Então, esse desenvolvimento econômico através da produção de bens, diante dessa nova visão, deve sofrer limitação e controle. Para tanto, deve ser implementado o Direito Ambiental com normas condizentes para que haja realmente uma contenção dos danos ao meio ambiente.

A sociedade moderna busca desenvolver-se a cada dia, inovando para trazer bem-estar à sociedade, sem a menor preocupação se esse desenvolvimento ilimitado, sem regras, causou ou está causando prejuízo ao meio ecológico. Outrossim, esse pensamento está mudando.

Para Beck (2010), os processos produtivos atuais podem gerar duas modalidades de risco i) o risco concreto ou potencial que é visível e previsível pelo conhecimento acumulado; ii) o risco abstrato que se mostra invisível e imprevisível pelo conhecimento humano, muito embora, por existir verossimilhança e evidências, haja a possibilidade de ser percebido. Nos dois casos, o Estado atua de forma paliativa, como mero gestor do controle de riscos.

Assim, observando as questões colocadas, é imprescindível criar normas eficazes para a gestão dos riscos e a minimização da degradação do meio ambiente.

Ressalta-se, ainda, que os danos ao meio ambiente podem ser impossíveis de mensuração, eis que às vezes não são visíveis e em outras situações podem ser cumulativos a exemplo do efeito estufa. Também, não há como dimensionar o tempo em que o dano irá se manifestar, podendo ser na presente ou em futuras gerações.

Outra questão levantada por Beck (2010) se encontra relacionada com a falta de interesse na divulgação dos riscos e a intenção de mantê-los no anonimato, dificultando o conhecimento quanto a sua origem, perigo e extensão. Esse anonimato, explica o autor, vai fundamentar a noção de irresponsabilidade organizada, em que os vários sistemas da sociedade conseguem, através de instrumentos políticos e judiciais, ocultar a origem, as proporções e até mesmo os efeitos dos riscos ecológicos.

Para Giddens (1991, p. 126-7):

Os riscos possuem, agora, grande aptidão de expor uma série indeterminada de sujeitos a estados de desfavorabilidade, estendendo-se potencialmente em uma escala global, e afetando, também, os membros das futuras gerações, com resultados de decisões atribuíveis à limitada participação de membros desta geração, responsáveis pela proliferação de riscos globais intergeracionais.

Quando se está diante de possíveis perigos e riscos, em determinada situação e espaço, no qual o resultado não será matemático e tem-se a pretensão de encontrar a origem dos mesmos, formalizando um mapa do que determina esse quadro, deverá ser obedecido para a sua caracterização o fato de se estar lidando com juízos de possibilidade e probabilidade que remontam a situações nas quais existem expectativas e pretensões de controle dos resultados. (GOLDBLATT *apud* LEITE; AYALA, 2004).

Para Leite e Ayala (2004, p. 11):

A localização desse prognóstico na organização capitalista dos processos de exploração dos recursos naturais, e em um espaço onde ganharam destaque diversas instâncias de organização normativa onde podem ser identificadas todas aquelas situações, a saber, no mercado, sociedade civil, organizações associativas, instituições públicas ou privadas, permite que se afirme sem grandes dificuldades que nesse modelo econômico as causas dos riscos e do perigo possuem as mais diversas origens, o que lhe dá contornos de uma multidimensionalidade, circunstância que acentua as dificuldades dessas instâncias em lidar com os

problemas dessa ordem, e que caracterizam o modelo sociológico desenvolvido por Ulrich Beck conhecido por sociedade de risco.

Goldblatt (*apud* LEITE; AYALA, 2004) afirma que a noção da sociedade de risco adere a uma leitura social de um ambiente (espaço) onde somos obrigados a lidar cotidianamente com ameaças de catástrofes, das situações de perigo, de seus responsáveis e dos problemas, sem que, no entanto, sejamos capazes de tomar qualquer medida capaz de diminuir ou eliminar essa negativa probabilidade. Ela se acentua quando todos esses dados são revestidos por um irreversível estado de invisibilidade, seja ela social, institucional, política ou sistêmica, que impede e reluta permitir que suas causas venham a público.

Nos termos acima é que se contextualizam os importantes conceitos elaborados por Beck: a irresponsabilidade organizada, o estado de segurança e a explosividade social, procurando qualificar as sociedades de risco pela emergência de novos e problemáticos perigos ecológicos e catástrofes, que descrevem, em síntese, a falência do Estado como modelo de regulação desses novos problemas e a quebra da relação de legitimidade entre suas instituições e as promessas de manutenção da segurança dos cidadãos (LEITE; AYALA, 2004).

Observa-se uma necessidade das instituições em ocultar a real situação de calamidade, desviar a existência dos problemas e suas responsabilidades na produção do perigo. A inação na prevenção, controle e compensação dos riscos caracterizam o conceito de irresponsabilidade organizada.

A irresponsabilidade organizada somente se proliferou porque, apesar da existência de normas ambientais, em alguns Países mais rígidas do que em outros, a sua aplicação também é um pouco tímida, não sendo o único instrumento eficaz para defesa da crise ambiental. Outro problema é a dificuldade no exercício do poder de polícia, devido à extensão do planeta. Agrega-se, ainda, a falta de conscientização dos membros da comunidade que estão mais preocupados com o desenvolvimento da ciência, tecnologia, economia e com o seu próprio bem-estar do que com os malefícios que esse desenvolvimento desenfreado pode causar ao meio ambiente.

Partindo da proposição de De Giorgi (1994) de que o problema do risco nas sociedades contemporâneas deve ser lido, fundamentalmente, como um problema da compreensão desses riscos, Leite e Ayala (2004) argumentam que a crise ecológica desenvolveu na

sociedade contemporânea o surgimento de uma nova racionalidade social, representada pelas mais variadas formas de interpretação. Esse dado faz a diferença no tocante aos riscos e os liga sobremaneira aos novos problemas ambientais.

Ao contrário dos perigos pré-industriais que, de acordo com Beck (2006), independentemente de sua força devastadora, eram vistos como “golpes do destino” atribuídos a forças externas: deuses, demônios, natureza, os riscos pressupõem decisões tecno-econômicas. Eles se apresentam imprevisíveis, invisíveis e imperceptíveis pelos instrumentos de controle que não conseguem, assim, prevê-los. Beck (2006) distingue risco de perigo. As circunstâncias fáticas, naturais ou não, que sempre ameaçaram as sociedades humanas são perigos, mas somente poderão ser entendidos como riscos se esses perigos forem conhecidos, sua ocorrência puder ser prevista e sua probabilidade, calculada (LEITE; AYALA, 2004).

Assim, um perigo poderá assumir as feições de risco, que poderá atingir os contornos atuais do problema diante do fenômeno da irresponsabilidade organizada. Tem-se uma linha de evolução retilínea, onde inicialmente corre-se perigo, depois se pode enfim saber que se corre perigo e conhecer o estado de periculosidade (risco), terminando por assumir, finalmente, a representação do estado de impotência perante o risco, não se tendo condições de evitar ou diminuir a probabilidade de sua ocorrência (irresponsabilidade organizada).

Importante ressaltar que o risco está sempre relacionado com o futuro. Ou seja, os problemas, se não refreados, causarão prejuízos às próximas gerações. Nessa linha de pensamento, o direito ambiental na atualidade tem como um dos objetos assegurar a qualidade de vida para as gerações vindouras.

A assimilação pela sociedade contemporânea da existência do risco surtiu o interesse no seu estudo pelos juristas com a intenção de qualificá-lo de forma a haver pelos membros da sociedade uma preocupação e, em consequência, ocasionar mudanças de comportamentos e atitudes.

O conhecimento do risco e suas incertezas acarreta, em um primeiro momento, a criação de modelos de segurança, segundo Leite e Ayala (2004, p. 16), “[...] como alternativas à imprevisibilidade das indeterminações. Esses modelos de racionalidade linear, de baixa eficácia diante dos riscos contemporâneos, foram então substituídos pela admissão de outra espécie de risco, importando o reconhecimento da normalidade do risco.”

De Giorgi (1994) enumera o desenvolvimento pelas ciências sociais de três estratégias para tratar dos riscos, diante da ineficácia das instâncias garantidoras da segurança pretendida pelos cidadãos e do agravamento da crise ecológica:

1) a primeira explica o risco como um dado existencial das sociedades modernas, que só poderia ser superado pela informação;

2) a segunda entende o risco como produto dos processos civilizatórios e da diminuição do controle social;

3) e a terceira, a que sofre as mais incisivas críticas do autor, procura entender o risco como reflexo de uma pretensa *segunda modernidade*, também classificada como *contramodernidade*, ou ainda como *a sociedade de risco*, de acordo com Ulrich Beck.

Em crítica às teorias acima, De Giorgi (1994) entende risco não como um dado existencial da sociedade, nem muito menos uma evidência ontológica das sociedades contemporâneas, que teriam de conviver com ele, inexoravelmente. O risco, para o autor, é uma relação com o futuro, levando em conta que a sociedade contemporânea apresenta-se com muitos problemas diferenciados em vários setores, gerando um futuro incerto e inseguro.

Essa possibilidade de risco permite a criação de uma consciência diante da realidade dos fatos atuais e viabiliza constantes mudanças, a partir do reconhecimento de que a forma atual não atinge as expectativas, obrigando, assim, a qualificação de nova consciência com istas ao estabelecimento de um futuro diferenciado. E essa ligação com o futuro, mesclada de certezas e incertezas, ocasiona uma busca urgente pela normatização eficaz, por meio de um poder de polícia atuante e de um sistema jurídico redutor de complexidades e minimizador de situações que possam levar à catástrofe e prejuízos às gerações futuras.

Analizando as críticas de De Giorgi à teoria da sociedade de risco de Beck, Leite e Ayala (2004, p. 18-9) enfatizam:

[...] assim posicionado o risco, e a qualidade dos vínculos que se estabelece com o futuro, ele se fundamenta não nas idéias de certeza do resultado, [...]. Parte, ao contrário, das idéias de suportabilidade e de tolerabilidade, funcionais à referência que possui com o incerto e o anônimo. Por essa razão, o risco não pode ser jurídico. Sua distância do racional e dos padrões de segurança, certeza e determinabilidade indica que o que se tem não são meios de evitar o risco, mas tão-somente de retardá-lo

Os autores prosseguem:

As críticas formuladas por De Giorgi ao modelo sociológico de Beck certamente conseguem retratar as deficiências estruturais da teoria, enquanto pretensão de explicação do complexo quadro da crise ambiental da sociedade contemporânea. Sua leitura diferenciada sobre o problema do risco, compreendido como produto de uma relação de incerteza e indeterminabilidade, indica uma proposta mais segura e adequada para que o direito consiga lidar com as questões ambientais não como um instrumento de regulação, que é produto de um falido esquema de racionalidade, criticável por De Giorgi, e já combalido mesmo no modelo de Beck, em seus ataques às promessas não cumpridas de segurança. (LEITE; AYALA, 2004, p. 19).

As críticas de De Giorgi à teoria da sociedade de risco de Beck se justificam na medida em que aquele é reconhecidamente um grande estudioso e conhecedor da teoria dos sistemas sociais de Luhman.

Para Luhman (ano), a sociedade é um sistema autopoiético, isto é, que se recria a partir de seus próprios elementos. Essa teoria, aplicada ao direito, resulta numa dinâmica de autoreferência que permite que o direito mude a sociedade e altere a si mesmo, com considerável grau de autonomia, de acordo com a dinâmica do seu próprio sistema. Tal autorreferência conduz à conformação de um sistema jurídico apto a dar respostas adequadas aos problemas da sociedade atual, caracterizada pela hipercomplexidade ou “policontextualidade” (ROCHA, CARVALHO, 2006).

A comunicação é um elemento central na teoria dos sistemas sociais de Luhmann. Para ele, são sistemas de comunicação dentro do sistema abrangente sociedade, que se diferencia do ambiente pela seleção de informações que opera em relação ao exterior infinitamente complexo. O sistema opera, então, como redutor de complexidade, ao selecionar informações de acordo com as regras que lhe são inerentes.

Ao contrário de Beck, Luhmann contrapõe o risco à incerteza e ao perigo. Tanto o risco quanto o perigo indicam incerteza em relação ao futuro.

Ocorre que, enquanto o risco pode ser considerado o resultado de uma decisão, o componente que está em jogo no momento da realização de uma escolha entre alternativas possíveis, o perigo relaciona-se somente aos efeitos provocados por fatores que estariam fora do controle (MATTEI, 2002).

Verifica-se que para a teoria dos sistemas sociais o risco não é uma condição imposta por um modelo social, sim, apenas um fator operacional próprio dos processos de diferenciação sistêmica. Já o modelo sociológico de Beck faz uma ponte entre as ações ora praticadas na sociedade contemporânea, os resultados desses atos e os possíveis riscos que serão gerados no futuro.

Em que pese as críticas de De Giorgi, a teoria da sociedade de risco, conforme formulada por Beck, é exitosa no sentido de demonstrar a existência de um novo componente social, fruto de decisões humanas e que muitas vezes faz com que os resultados de suas ações voltem-se contra a humanidade.

1.2 CARACTERÍSTICAS DA SOCIEDADE DE RISCO

Para Beck (2010), a sociedade de risco tem seu princípio na sociedade industrial, da qual, desde os meados do século XX, emerge outra fase de modernização. O autor constata que os benefícios alcançados pela tecnologia, desenvolvidos nesse período, trouxeram muitas facilidades, mas, também, trouxeram muitos riscos, inexistentes nos anos anteriores.

Há que se reconhecer que a tecnologia e a ciência amehalharam muitos ganhos à sociedade, tornando a vida mais ágil e prazerosa pelos benefícios proporcionados. Por outro lado, os riscos criados com o desenvolvimento da tecnologia são desmedidos e invisíveis. A falta de percepção dos riscos e dos possíveis danos decorrentes da ingestão de alimentos geneticamente modificados ou, ainda, da utilização de produtos fabricados a partir de materiais de base nanotecnológica é exemplo dos dilemas impostos por este modelo de sociedade.

Atualmente, com a reestruturação da economia mundial, cada vez mais o avanço tecnológico se constitui em fator decisivo na estrutura geopolítica mundial, seja no nível interno dos países ou mesmo no plano das relações internacionais.

Tratando das correlações entre o Estado de bem-estar e a investigação científica, Gomes (2007) reconhece no sistema constitucional português o claro desiderato do constituinte de promover

o progresso social por meio do progresso econômico, o qual depende, em grande parte, da pujança da comunidade científica.

O grau de desenvolvimento das políticas econômicas reflete: i) no nível de sustentabilidade do Estado no plano internacional; ii) na qualidade de vida dos cidadãos; e iii) na criação de condições de igualdade material entre os cidadãos. Todavia, em função da bi-dimensionalidade do risco, a ciência e a técnica se constituem, ao mesmo tempo, motores do desenvolvimento econômico e social e potenciais inimigos do meio ambiente, pois atentam contra a saúde pública e sobre o valor social da vida (GOMES, 2007)³.

Os riscos pelos quais as sociedades se expõem diariamente são quase imperceptíveis em um primeiro momento e se multiplicam constantemente. Alguns exemplos são: o desenvolvimento tecnológico, a exploração da biodiversidade ou a organização globalizada dos mercados sem questões ecológicas definidas, sem ideais sobre compromissos com o meio ambiente.

Ao contrário dos perigos pré-industriais que, de acordo com Beck (2006), independentemente de sua força devastadora, eram vistos como “golpes do destino” atribuídos a forças externas: deuses, demônios, natureza, os riscos pressupõem decisões tecno-econômicas, além do que, apresentam-se imprevisíveis, invisíveis e imperceptíveis pelos instrumentos de controle que não conseguem, assim, prevê-los, sendo esta:

[...] uma característica tipicamente associada a um novo modelo de organização social que se caracteriza por uma dinâmica de poder baseada nas relações estabelecidas com o fenômeno da inovação, e que encontra suas origens em uma fase do desenvolvimento da modernização, em que as transformações produzem consequências que expõem as instituições de controle e proteção das sociedades industriais à crítica [...]. (LEITE; AYALA, 2004, p. 12).

De acordo com os autores, Beck teria associado o risco a uma mudança na racionalidade moderna, sendo esse resultado de decisões

³ Tais motivos levam a autora a sustentar que o direito à investigação científica deve ser condicionado por outros direitos e valores sociais relevantes, pautados no princípio da dignidade da pessoa humana e que é necessário harmonizar os interesses em questão, salvo se a prevalência de alguns deles importar em riscos seriamente fundados para a comunidade (GOMES, 2007, p. 427).

humanas baseadas na certeza e na segurança da nova racionalidade científica industrial e da transformação das incertezas e dos perigos em decisões, estando intrinsecamente ligado à inovação, mudança e ousadia, podendo ser, ainda, objeto de mensuração, através do emprego da estatística (LEITE; AYALA, 2004).

Outra característica do risco está relacionada ao seu alcance. Segundo Beck (1998), as catástrofes ocorridas no século XX - duas guerras mundiais, o massacre de judeus em Auschwitz, a hecatombe de Nagasaki, entre outros fatos, somados, ainda, ao desastre nuclear de Chernobyl - estabelecem uma ruptura na forma de analisar os perigos e os riscos nos tempos atuais. Isso porque, até a presente época, os efeitos das ações violentas de determinados seres humanos restringiam-se a grupos sociais específicos (judeus, negros, mulheres, refugiados políticos, dissidentes, comunistas, etc) e a espaços espacialmente delimitados que possibilitavam o distanciamento daqueles que não eram afetados por elas. Desde Chernobyl (de agora em diante) esse distanciamento já não é mais possível, pois “[...] se pode deixar de fora a miséria, mas não os perigos da era atômica. Aí reside a nova força cultural e política desta era. Seu poder é o poder do perigo que suprime todas as áreas protegidas e todas as diferenciações da modernidade”. (BECK, 1998, p. 11)⁴.

Para o autor:

Diferentemente de todas as épocas anteriores (incluída a sociedade industrial), a sociedade de risco se caracteriza essencialmente por uma carência: a impossibilidade de prever

⁴ A agonia da Terra, denunciada por Morin e Kern (1995), está diretamente relacionada ao risco assumido pelas sociedades atuais. Para os autores, as causas da crise ambiental que se instalou no Planeta podem ser divididas em dois grupos: os problemas de primeira e segunda evidência. Os problemas imediatos são: i) o desregramento econômico mundial oriundo da desordem nas cotações de matérias-primas, do caráter artificial das regulações monetárias, da enorme dívida externa dos países subdesenvolvidos, da fragilidade do mercado diante de perturbações não econômica, da concorrência advinda da globalização do mercado; ii) o desregramento demográfico mundial; e iii) a crise ecológica advinda de grandes catástrofes e do nível das contaminações dos recursos ambientais. Os problemas de segunda evidência que se encontram nas raízes dos problemas imediatos são assim enumerados: i) a tragédia do desenvolvimento reduzido a uma concepção economicista segundo a qual qualquer desenvolvimento (social, psíquico, moral, por exemplo) estaria subordinado ao desenvolvimento econômico; ii) o “mal de civilização”, que subordina o homem produtor ao consumidor e este às forças do mercado, gerando assim um ciclo no qual se cria um consumidor para um produto e não apenas um produto para o consumidor; iii) a confiança na tecnociência; iv) a cegueira sistêmica e; iv) a fase damocleana, resultante do poder destrutivo do arsenal bélico disponível no planeta.

externamente as situações de perigo. Diferentemente de todas as culturas anteriores e de todas as fases do desenvolvimento social, que se defrontaram de diversos modos com ameaças, a atual sociedade se encontra confrontada consigo mesma em relação aos riscos. Os riscos são o produto histórico, a imagem refletida das ações humanas e de suas omissões, são a expressão do grande desenvolvimento das forças produtivas. (BECK, 1998, p. 237).

Beck (1998) afirma que as sociedades industriais, por submeterem ou incluírem a natureza no sistema industrial, acabaram por interiorizá-la, alçando-a de fenômeno exterior, logo, dado, para um fenômeno interior, logo, produzido, sendo que:

Na modernidade avançada, a produção social das riquezas vem acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Portanto, os problemas e conflitos da repartição da carência são substituídos pelos problemas e conflitos que surgem da produção, definição e repartição dos riscos produzidos de maneira científica. (BECK, 1998, p. 25).

Carvalho (2007), também com base nos estudos de Beck, elucida que, desde a metade do século XX, a afirmação da sociedade de risco importou na passagem da modernidade simples para a modernidade reflexiva que se vê obrigada a gerir os riscos por ela produzidos, ou seja:

[...] uma passagem de uma modernidade fundada numa racionalidade cientificista, no Estado nação, na previsibilidade e calculabilidade dos riscos e perigos da técnica, na luta de classes e na segurança, em direção a uma modernidade em que o êxito do capitalismo industrial gera uma auto-confrontação da sociedade industrial com suas próprias conseqüências: o surgimento de riscos globais, imprevisíveis, incalculáveis, invisíveis, transtemporais, tais como é o caso de Chernobyl. (CARVALHO, 2007, p. 66).

A modernidade reflexiva seria, assim, “[...] fruto da autoconfrontação com os efeitos da sociedade de risco que não podem

ser tratados e assimilados no sistema da sociedade industrial - como está avaliado pelos padrões institucionais desta última”. (BECK, 1998, p. 16).

Esse modelo social implica em uma ruptura na lógica de distribuição, pois se na sociedade industrial esta girava em torno de uma repartição justa dos bens produzidos, na sociedade de risco a distribuição dos bens é encoberta “[...] pelos conflitos de distribuição dos ‘malefícios’ [...]” advindos da utilização da tecnologia nuclear, química, biológica, genética, da crescente militarização e do agravamento da crise ambiental e da pobreza nos países periféricos (BECK, 1997, p. 17).

Ayala (2010, p. 323), sobre as características da sociedade de risco, expressa que:

Os governos das sociedades contemporâneas convivem hoje com uma extensa e complexa rede de conflitos que relacionam problemas de diversas ordens e qualidades diferenciadas de crises. A crise deixa de ser socialmente percebida como dado cognitivo autônomo, para se organizar em torno de uma composição multifária de problemas de concretização de objetivos ecológicos, econômicos, financeiros, sociais, políticos e culturais, contextualizados de forma global. Essa forma de organização das sociedades contemporâneas submete a eficácia regulatória e a qualidade da função exercida pelos governos a desafios de qualidades diferenciadas, expondo especialmente as condições de desenvolvimento do próprio Estado democrático de direito à necessidade de concretização de novos objetivos.

Segundo o Ayala (2010), sob o enfoque ecológico, a sociedade de risco se caracteriza pela imprevisão e indeterminação de suas causas e efeitos e pela complexidade de organização de soluções e respostas.

A capacidade de expor a sociedade, a humanidade e o ambiente a estados de desfavorabilidade que muitas vezes não podem ser previstos, compreendidos ou diagnosticados com eficiência e certeza científica integral ou mesmo mínima sobre a extensão de seus efeitos (subjativa, temporal e espacial), e que são originários das atividades antrópicas, é outra característica da sociedade de risco (AYALA, 2010).

Então, o risco é a maneira pela qual as sociedades contemporâneas formam ligações com um futuro cheio de incertezas. A ausência de certeza sobre os riscos atuais e sobre o futuro encontra-se na base da característica mais relevante para os fins do presente trabalho, desse modelo de sociedade: a irresponsabilidade organizada.

1.2.1 Irresponsabilidade organizada

A ausência de uma política sobre os riscos de determinadas atividades, bem como sobre as consequências das tragédias ambientais causa uma enganosa ideia sobre os perigos aos quais a população se encontra sujeita.

É nessa seara que Beck (2010) traz à discussão o tema da irresponsabilidade organizada. Ou seja, a sociedade tem consciência dos riscos causados pelo desenvolvimento tecnológico e científico. Todavia, não há uma política de gestão que impeça a continuidade de criação de riscos.

Beck (2010) aponta a ocorrência de danos ambientais ilimitados, globais, invisíveis e irreparáveis, os quais a aplicação da sanção da compensação financeira (princípio do poluidor-pagador) não tem sucesso. As alterações no clima denotam o ambiente de irresponsabilidade organizada. E, nesse contexto, é imprescindível a discussão sobre os limites da aplicação de instrumentos de reparação e compensação, baseados na lógica do princípio do poluidor-pagador, e sobre a suficiência deste para a garantia de um meio ambiente ecologicamente sustentável.

A aplicação equivocada do princípio importa no pagamento pelo poluidor de um valor pelo dano que causou e a desoneração em relação a qualquer outra incumbência, deixando ao Estado e à sociedade a responsabilidade de recompor o meio ambiente danificado.

É público e notório que existem alguns danos irreversíveis e outros que necessitam de milhares e milhares de anos para a sua recomposição. Quem sofre com todo esse prejuízo é a sociedade de forma global, tanto as gerações presentes como as futuras.

Diz-se que os riscos são invisíveis, mas conhecidos. Todavia, a dependência da tecnologia e da ciência é tanta que impõe a continuidade na produção de riscos, independentemente de fatores sociais, educacionais, profissionais, etc.

Beck (2010, p. 33) oferece um exemplo paradigmático:

A mulher que, em seu apartamento de três cômodos num subúrbio de Neuperlach, amamenta seu pequeno Martin de três meses de idade encontra-se desse modo numa relação imediata com a indústria química, que fabrica pesticidas, com os agricultores, que se vêem obrigados, em razão das diretrizes agrícolas da Comunidade Européia, a recorrer à produção massiva especializada e à sobrefertilização, e por aí afora.

Dessa forma, os riscos da sociedade contemporânea são invisíveis e imperceptíveis em um primeiro momento, mas os efeitos colaterais existem, apesar de incertos. E a sociedade, em nome de viver uma vida digna, se submete e aceita os efeitos colaterais dos riscos, quer através da ingestão de alimentos que, como no exemplo referido, são utilizados na produção agrícola para ter um produto melhor, com maior durabilidade, quer através da poluição do ar, do lixo nuclear, entre outros.

O que esperar do futuro se a sociedade aceita correr o risco de ingerir alimentos não tão saudáveis em nome do conforto e da facilidade?

Beck (2010, p. 33-4), a respeito dos riscos vivenciados diariamente pela sociedade, expressa:

Riscos vividos pressupõem um horizonte normativo de certeza perdida, confiança violada. Desse modo, os riscos, mesmo quando irrompem calados, encobertos por cifras e fórmulas, continuam a estar em princípio vinculados espacialmente, como a condensação matemática de visões danificadas da vida digna de ser vivida. Por sua vez, estes precisam ser acreditados, isto é, não são tangíveis por conta própria. Riscos são, nesse sentido, imagens negativas objetivamente empregadas de utopias nas quais o elemento humano, ou aquilo que dele restou, é conservado e revivido no processo de modernização.

E continua:

Apesar de toda a desfiguração, não se pode afinal evitar que esse horizonte normativo, no qual o que há de arriscado no risco começa a se fazer visível,

seja tematizado e experimentado. Por trás de todas as retificações, cedo ou tarde emerge a questão da aceitação e, como ela, a velha nova questão: como queremos viver? Nesse sentido, o propalado discurso da catástrofe é a expressão exagerada, radicalizada, objetivante de que tal processo não é desejado. (BECK, 2010, p. 34).

A incerteza sobre o futuro é uma condição normal da existência do homem. Entretanto, após inúmeras constatações, já mencionadas neste trabalho, é quase impossível imaginar a vida em sociedade sem riscos.

Contudo, as ciências sociais, na atualidade, chegaram a um acordo de que houve uma transformação na sociedade da era agrária para a capitalista e industrial. A fase capitalista ou era moderna estabelece uma nova relação entre os homens, tendo como objetivo a produção de bens. Essa produção vem acompanhada de uma consequência crucial que é a desigualdade na distribuição da renda. O mundo consciente de seus riscos atuais busca alternativas para conviver com eles desde que os prejuízos não impeçam a qualidade de vida e a dignidade humana.

Então, o risco é presente. Não somente em nosso pensamento, mas em todas as fases da vida e ultrapassando as fronteiras, ou seja, de forma global, igualando todos os seres humanos em relação aos seus efeitos. O que significa que, na atualidade, os riscos são distribuídos de forma desigual.

Isso não significa que o mundo ficou pior. Porém, o Planeta ressurge com um novo componente a exigir novas maneiras de observar as coisas e de criar soluções alternativas.

Beck (2010) procura demonstrar a possibilidade de enfrentamento dos riscos sem o rompimento com a era moderna. O autor entende que o futuro para a sociedade de risco está na própria sociedade contemporânea, por meio da mudança na utilização da tecnologia e de novas formas de desenvolvimento nas relações sociais.

É importante ressaltar que o risco global produzido pela sociedade atual já está consolidado, conforme comprovam os acontecimentos catastróficos, resultantes dos atos de industrialização e da globalização. E ninguém consegue ficar fora dos riscos. Todos os países, independente do local onde estão situados, dentro do espaço geográfico, quer seja um país rico ou em desenvolvimento, ou ainda um

país subdesenvolvido, estão expostos a riscos. O mesmo acontece com as pessoas: todas sofrem riscos, independente de serem ricas ou pobres.

Como podemos observar, os riscos são globais, não há fronteiras para impedir os danos ilimitados, globais. Beck (2010) explica que há manifestações ocultas de perigos ecológicos, além das fronteiras.

Tal como é o caso do acidente que derramou cerca de 700 milhões de litros de petróleo no Golfo do México, nos Estados Unidos, em 20 de abril de 2010. O referido desastre teve início com a explosão da plataforma Deepwater Horizon, da empresa British Petroleum (BP), e provocou um vazamento de petróleo cru que se estendeu por quase duas semanas. Esse é conhecido como um dos maiores desastres ecológicos da história dos Estados Unidos. Todavia, os danos que esse acidente continua causando são complexos e de difícil constatação.

E, repita-se, há informações errôneas sobre as catástrofes ambientais que são repassadas para a sociedade fornecendo a impressão de que o pagamento em dinheiro para compensar o prejuízo será suficiente. Entretanto, essa compensação financeira que encontra amparo no princípio do poluidor-pagador, apenas, não será suficiente para reparar um dano dessa magnitude. O meio ambiente não será restabelecido simplesmente com a compensação financeira. Contudo, a sociedade se contenta com a reparação pura e simples, posto que é publicizada a informação de que essa indenização será suficiente para a restauração do meio ambiente.

Nessa esteira, importante mencionar a Diretiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de abril de 2004. A norma é relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais e tem por objetivo estabelecer um quadro de responsabilidade ambiental baseado no princípio do “poluidor-pagador”, para prevenir e reparar danos ambientais.

A sociedade necessita de informações corretas e reais dos danos que essas catástrofes acarretam ao meio ambiente para exigir das instituições a reparação total, com o retorno dos bens ambientais lesados aos seus estados anteriores.

Mesmo em danos decorrentes de fatos passíveis de aplicação das excludentes de caso fortuito ou força maior, o ato humano se sobrepõe ao acontecimento. E geralmente esse ato tem por objetivo a satisfação econômica de necessidades do homem, quer no seu bem-estar, quer na sua segurança.

É nesse cenário, ao qual Beck (2010) denomina de irresponsabilidade organizada, que os riscos e danos emergem, pois acima de fatores naturais, a referida conjuntura impõe à humanidade e

ao Planeta a exposição a riscos visíveis e, principalmente, invisíveis que podem vir a se configurar em acidentes e danos ambientais cujas proporções, alcance e reversibilidade são difíceis ou impossíveis de serem definidas a priori.

Nessa situação, Beck (2010) expressa que o princípio do poluidor-pagador, ou seja, da compensação por parte de quem causou o dano, é falha. Não significa que sempre o dano é irreparável. Em algumas situações a verificação e a reparação dos danos ambientais, dadas suas características, não apresentam maiores dificuldades. Todavia, há uma gama considerável de problemas ambientais que, para serem reparados, necessitam do tempo geológico e este poderá levar milhares ou milhões de anos ou, ainda alguns danos importam em um custo econômico impossível de ser suportado pela sociedade como um todo.

Beck (2010) expressa que o sistema legal vigente consegue coibir, impedir, e até recuperar os pequenos danos.

Como já mencionado, a situação pela qual a sociedade passa nesse momento histórico é de conscientização dos fatos e observa-se que a mesma, através de instituições, está buscando criar mecanismos jurídicos eficazes, objetivando garantir qualidade de vida digna ao homem de hoje e às futuras gerações.

O Planeta e a humanidade se encontram expostos, na atualidade, a uma profunda crise ambiental, advinda da utilização desmedida dos recursos naturais, sendo que não há indícios de retorno do meio ambiente ao *status quo ante* e nem mesmo de diminuição da ação humana no sentido de desacelerar os malefícios à natureza.

Nos dias de hoje, grandes desafios são gerados em resposta aos riscos suscitados pela ação humana que vem, dia após dia, deteriorando o meio ambiente. Essa situação é, devido ao seu caráter difuso, de difícil identificação dos autores, e, na maioria das vezes invisível, sem mencionar as questões culturais e institucionais pelas quais os governantes dissimulam as origens e os resultados dos riscos e perigos.

Na sociedade de risco, a degradação ambiental é aceita pela sociedade em parceria com o Estado, pois, a preocupação maior destes é com relação ao desenvolvimento econômico. Observa-se, também, que a despreocupação com os recursos naturais irá atingir, principalmente, as gerações futuras, e esse estado gera o que Beck (2010) chama de explosividade social do perigo. Ou seja, o sucesso econômico, na busca por melhor renda, mais emprego e boa condição de vida na velhice, sem preocupação com o meio ambiente gera danos irreparáveis para a sociedade presente e futura de forma global.

Não se pode esquecer que a irresponsabilidade organizada existe, por dificuldades de toda a ordem. A nível interno, verifica-se que a maioria dos países, por diversos motivos - no caso do Brasil a ineficácia da tutela administrativa do meio ambiente é atribuída com frequência à extensão territorial do país e à ausência de parâmetros definidores da forma de operacionalização das ações estatais de competência comum entre os entes que compõem a Federação - não consegue efetivar o poder de polícia ambiental. A nível externo, tem-se como exemplo o Mercosul - a falta de normativas no Mercosul é outro fator importante.

No campo legislativo, a transfronteiridade dos problemas ambientais impõe sérios desafios aos legisladores. Outro fator restritivo para a ação legiferante reside no grau de especialidade de alguns temas, que leva à necessidade de socorro ao conhecimento específico e dificulta sobremaneira o acompanhamento das discussões pela população.

A ausência de um controle social na seara ambiental intensifica o ambiente de irresponsabilidade organizada, pois os Estados - que, a partir do dirigismo econômico, passaram a ser fomentadores do crescimento industrial - são apontados como agentes responsáveis pelo agravamento da crise ambiental.

Apesar de todos os riscos que a sociedade produz diariamente, não se pode ter uma visão negativa da humanidade ou mesmo das futuras gerações. Mas sim, deve-se vislumbrar no horizonte uma oportunidade de dar a volta por cima, por meio de qualificação de gestão ambiental, criação de normas e programas de educação ambiental. É necessário salientar que a humanidade está se conscientizando do problema e buscando alternativas adequadas, através da aplicação do conhecimento já adquirido em todas as áreas (filosofia, direito, engenharia, etc.) de que somente ter-se-á vida se houver um meio ambiente sadio.

1.3 PODER NORMATIVO DO ESTADO

Após a Revolução Francesa, muitas mudanças ocorreram na sociedade, principalmente em relação aos direitos humanos. Esse avanço foi muito salutar para a dignidade do ser humano. As mudanças alteraram a área econômica, com um grande desenvolvimento da ciência e tecnologia. O interesse pelo aumento da produção foi crescente na sociedade, buscando sempre garantir o maior conforto material momentâneo, sem dar a devida atenção aos efeitos desse avanço sobre a natureza.

A partir do ascendente desenvolvimento científico e tecnológico, a população passou a ser espectadora do comprometimento da natureza frente à atitude descomprometida do homem, que possuía por objetivo único aumentar a produção e a renda para o seu bem-estar.

Não é possível negar a imprescindibilidade do desenvolvimento econômico, científico e tecnológico para o aumento da qualidade de vida, o que se põe em pauta são os níveis de sustentabilidade ecológica relacionada.

Para a manutenção do equilíbrio ecológico, frente à atuação desmedida do homem, foi urgente a necessidade de criação de normas que regulem a utilização da natureza com consciência de que a mesma deve ser preservada. Algumas das normas com relação à preservação do meio ambiente foram criadas de maneira específica sobre determinada área, a exemplo do Código Florestal.

Ocorreu, também, um aprofundamento doutrinário e processual sobre a questão ambiental, fornecendo subsídios para o deslinde das questões emergentes, sem esquecer a presença de enfoques ambientais em outros institutos do direito, a exemplo da Constituição Federal, do novo Código Civil, do Direito Penal, do Direito Tributário, do Direito Administrativo e dos demais ramos da ciência jurídica.

Portanova (2004) defende que o Direito Ambiental deve englobar outras áreas além da doutrina, dos princípios e das normas específicas da ciência jurídicas, posto que é exatamente com a difusão dos valores ambientais em diferentes legislações que se observa a sua força, sempre no intuito de incutir a melhor qualidade de vida do ser humano por meio do amplo leque de normas do que se chama Direito Ambiental (*lato sensu*).

Continuando, Portanova (2004, p. 622-3) pergunta: “[...] onde de fato está o novo em Direito Ambiental?” e responde que o novo não se encontra somente na legislação ambiental e na doutrina, “[...] mas principalmente na mudança de atitude e comportamento que este conjunto de normas, princípios e valores saídos do Direito Ambiental tem influenciado de forma determinante a própria ciência jurídica e questionado seus fundamentos epistemológicos.”

É justamente aí que, crê-se, reside a novidade no Direito Ambiental, nessa massa crítica que nos permite observar o direito sob um outro enfoque ou ainda com uma lente mais aperfeiçoada, em que os fatos jurídicos, sociais e ambientais fazem parte de um mesmo universo de ações, redefinindo a atuação do operador jurídico do século XXI com vistas à sustentabilidade.

Encontra-se em curso uma mudança de paradigmas nas ciências jurídicas, na qual a abordagem epistemológica do direito tende a confrontar nosso comportamento predatório (que muitos chamam de sociedade de risco), com a perspectiva da sustentabilidade.

Importante a existência de normas jurídicas para impor deveres, comportamentos e aplicação de sanções às infrações. Entretanto, somente isso não é suficiente. No estágio atual dos problemas ambientais, atingindo a população de forma global, comprometendo a sustentabilidade das futuras gerações, é necessária, além das normas, também a conscientização da população de seus deveres na defesa do meio ambiente, através da educação ambiental, nos mais diversos âmbitos em que deva ocorrer.

Ora, com o processo de desconstituição da soberania em nome da economia de mercado neoliberal, o que se vê é a total ausência de capacidade normativa para regular esses mercados, somada a uma falta de ética que se estende da economia para a ciência.

Percebe-se que, se houver interesse econômico, pode-se avançar em todos os campos do conhecimento, sem qualquer respeito a padrões éticos, como o que ocorre na área da manipulação genética. Fica claro que se está tangenciando pontos delicados do desenvolvimento científico, sobre os quais se tinha a noção de que sempre operavam em prol da humanidade. Mas, caso esse processo de progresso sem ética se consolide, ele terá quebrado todas as barreiras éticas (PORTANOVA, 2004).

Em outras palavras, se a globalização é um processo inevitável, deseja-se que ela se dê, principalmente, na esfera humana, com o rompimento das fronteiras para os estrangeiros, com o respeito global à natureza, com o pagamento digno a qualquer trabalhador, independentemente do país em que ele esteja. Enfim:

[...] com a oferta de condições de sobrevivência digna não só para as pessoas, mas para o próprio Planeta, que parece que foi tomado de assalto por alguns grupos privados, que se arvoram no verdadeiro papel de Deus, podendo superar, em muito, a forma absolutista de dispor dos bens e até mesmo das pessoas, como ocorreu na longínqua Idade Média, que acreditávamos ter superado. (PORTANOVA, 2004, p 636-8).

Com atenção à normatização ambiental, tem-se, inicialmente, a concepção de bem ambiental ser de direito público ou privado. A

legislação infraconstitucional, mais precisamente o Código Civil de 1916, conforme artigo 66, trazia a definição de bens públicos e privados.

Entretanto, as definições lá constantes divergem da definição de bem ambiental de direito público. O novo Código Civil, em seu artigo 99, da mesma forma, repete o erro, ao classificar os bens de uso comum do povo como bens públicos. A Constituição Federal brasileira, por sua vez, considera o bem ambiental pertencente a toda a coletividade.

A concepção de bem ambiental de interesse público possibilita considerá-lo como macrobem ambiental, sem deixar de mencionar a existência do microbem. Segundo Leite (2007), na concepção de microbem ambiental, isso é, dos elementos que o compõem (florestas, rios, propriedade de valor paisagístico etc.), o meio ambiente pode ter o regime de sua propriedade variado, ou seja, público e privado, no que concerne à titularidade dominial.

Benjamin (*apud* LEITE, 2007) enfatiza que o meio ambiente é um bem qualificado como de interesse público, cujo desfrute é necessariamente comunitário e destina-se ao bem-estar individual. Observe-se que o regime de propriedade variada está sujeito à função social e ambiental de seu aproveitamento, respeitando a qualidade de vida e a sustentabilidade conforme disposição constitucional. Cumpre ressaltar que o legislador brasileiro, na Constituição Federal de 1988, considerou o bem ambiental como um direito fundamental do ambiente, tendo como base as novas exigências do Estado de Direito Ambiental.

Com a adoção do estado do bem-estar da coletividade, houve um remodelamento da importância dos direitos fundamentais. Ultrapassou-se, dessa forma, o pensamento de que os direitos fundamentais serviriam unicamente à defesa do indivíduo contra o Estado, entendendo-se que os direitos fundamentais, além dessa proteção, também preveem a proteção dos bens considerados importantes para a comunidade. No caso em questão, o meio ambiente é considerado um bem da comunidade.

Após essa interpretação, verificou-se uma consequente mudança nas Constituições dos Estados. No mesmo sentido de proteger o bem da coletividade, houve a incorporação do direito ao ambiente sustentável, garantido pelo ordenamento jurídico como um direito fundamental.

Partindo do reconhecimento do direito ao ambiente e a sua inserção nos textos constitucionais, vislumbra-se, segundo Leite (2007) a existência de, precipuamente, três posicionamentos. O direito ao ambiente aparece ora positivado numa dimensão objetiva, ora numa dimensão subjetiva, ora reunindo ambas as dimensões. Pela dimensão objetiva, o direito ao ambiente equilibrado é protegido como instituição. Embora a proteção do ambiente ainda esteja vinculada ao interesse

humano, ela se dá de forma autônoma, ou seja, sem que confira ao indivíduo um direito subjetivo ao ambiente de forma exclusiva. Com relação à segunda dimensão, de proteção do direito ao ambiente equilibrado apenas subjetiva, vislumbra-se um caráter tão-somente antropocêntrico, em que o ambiente é protegido não como bem autônomo, mas a serviço do bem-estar do homem, conforme já mencionado. Para tanto, atribui-se um direito - o de viver em um ambiente saudável - ao indivíduo (seja individual, seja coletivamente), a que corresponde uma obrigação estatal de concretização. A dimensão objetivo-subjetiva do ambiente é a mais avançada e moderna, porquanto repele a proteção ambiental em função do interesse exclusivo do homem para dar lugar à proteção em função da ética antropocêntrica alargada.

Leite e Ayala (2010) pugnam pelo reconhecimento concomitante de um direito subjetivo do indivíduo e da proteção autônoma do ambiente, independentemente do interesse humano. Trata-se da configuração mais completa. São exemplos dessa dimensão as Constituições do Brasil, da Colômbia, da Espanha e, mais recentemente, da Bolívia e do Equador.

Ressalta-se que esse reconhecimento na esfera constitucional ao meio ambiente é uma resposta em sentido crescente do reconhecimento dos direitos fundamentais e da normatividade estatal. E na esfera infraconstitucional, o meio ambiente é salvaguardado por normas que objetivam a sua preservação com qualidade de vida aos habitantes, bem como fornecem os meios para o exercício da cidadania:

A tutela jurisdicional no dano ambiental é a garantia de se buscar no judiciário, com amparo em norma legal, a proteção de direitos. A tutela ambiental pode ser individual ou coletiva. Já a tutela individual está amparada no artigo 225 da Constituição Federal, consagrada como um direito subjetivo fundamental.

Como boa parte dos novos direitos surgidos nas últimas décadas, o direito do meio ambiente ultrapassa a forma clássica entre público e privado. Assim, o direito ambiental pode ser considerado originário do cruzamento na natureza do direito subjetivo ao meio ambiente, apresentando características de direito público e privado ao mesmo tempo, exercendo a pessoa uma proteção indireta do meio ambiente ao proteger o seu direito individual através da ação popular. Então, nas ações individuais o exercício do indivíduo é de um direito particular.

O art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição expressa: “qualquer cidadão é parte legítima, para propor ação popular que tenha por finalidade anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao

patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

Fiorillo, Abelha e Nery (1996) ensinam que o dispositivo constitucional acima tem por objetivo anular atos que venham a prejudicar tanto os bens de natureza pública (patrimônio público) quanto os bens de natureza difusa (meio ambiente). O sistema jurídico brasileiro possui três categorias de bens: privados, públicos e difusos. Leite e Ayala (2010) esclarecem que a ação popular serve para a tutela dos bens públicos e difusos: 1) a proteção do patrimônio público que se encontra conexo ao meio ambiente. Aqui, há a proteção do patrimônio público, estrito senso, e não do macrobem ambiental da coletividade; 2) a segunda concepção da ação popular ambiental tem por objeto a tutela do meio ambiente como bem de uso comum do povo, isto é, bem difuso, cuja titularidade é indeterminada e indivisível.

O acolhimento da ação popular para tutela de bem público ocasiona a invalidade do ato com possibilidade de condenação em perdas e danos, e, nesse caso (tutela de bem público) será aplicado o rito da Lei 4.717/1965. Por isso, nesses casos, será observado o disposto na Constituição, na Lei da Ação Popular e naquilo que as normas citadas forem omissas será utilizado o Código de Processo Civil.

Contudo, segundo Fiorillo, Abelha e Nery, se a lei contiver dispositivos que contrariem princípios ou dispositivos das normas da jurisdição civil coletiva, então aplicam-se as regras do Título III do Código de Defesa do Consumidor mais os dispositivos da Lei da Ação Civil Pública.

Carvalho (2008) observa a ocorrência de um alargamento no objeto trazido pela Constituição Federal à ação popular, não mais servindo apenas como remédio para proteção da coisa pública, mas também como instrumento de defesa de um direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição Federal.

Esse alargamento provém do fato de ser o bem tutelado de uso do povo, e, portanto, não somente o eleitor tem direito a ingressar em Juízo, mas todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País.

Como dito acima, a ação popular ambiental tem finalidade anulatória ou ainda condenatória (quer na esfera repressiva ou preventiva). Na ação popular que tutela interesses de natureza difusa (bens de uso do povo), os valores obtidos com a demanda são destinados a fundos específicos, como o determinado no artigo 13 da Lei 7.347/85.

Por outro lado, os valores obtidos por lesão ao patrimônio público relacionados ao meio ambiente possuem por destino o próprio Poder

Público. Outrossim, se a degradação ambiental já estiver consumada, terá lugar o manejo da ação civil pública.

Com atenção aos prazos prescricionais do dano ambiental individual, este é de três anos, conforme art. 206, Parágrafo 3º, inc. V, do Código Civil.

Com relação ao dano ambiental coletivo, é caracterizado por se tratar de agressões que atingem de forma direta o meio ambiente. Carvalho (2008) ensina que a comprovação dos danos nessa esfera é muito difícil em virtude da incerteza científica que marca a sua ocorrência e da indeterminação de suas causas e consequências.

Outros elementos que reforçam a complexidade desses danos são a transindividualidade de seus titulares, a globalidade e a transtemporalidade dos danos e riscos ambientais. Por isso deverá haver uma ponderação das causas concretizadoras do dano bem como de seus causadores.

Também, o procedimento processual teve que sofrer alteração com o surgimento dos novos direitos. É preciso ressaltar que este merece destaque porque, com o surgimento dos novos direitos fundamentais, a partir dos séculos XIX e XX, dentre eles os direitos de ordem coletiva, a exemplo, entre outros, do direito à proteção do meio ambiente, objeto do presente trabalho, conhecido como direitos fundamentais de terceira dimensão, foi necessária uma adaptação pelo poder judiciário na tutela dos direitos coletivos.

Esses novos direitos surgiram devido aos avanços da sociedade, são oriundos da era industrial, em razão da produção em massa de bens, fogem da esfera individual para atingir a esfera coletiva. Essa nova situação obrigou os legisladores de inúmeros países a adaptarem as normas previstas, originariamente, para resolver os litígios de maneira individual e, a partir de então, atingir o coletivo.

No Brasil, por exemplo, atualmente, no julgamento dos processos coletivos, eis que o seu Código de Processo Civil é voltado para esfera individual. Criou-se, assim, um microssistema processual coletivo, composto das seguintes normas: Ação Popular (Lei n. 4.717/65), Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), Mandado de Segurança Coletivo (Lei n. 12016/09) e Ação Civil Pública, prevista no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90, art. 91 e ss).

Pelo acima exposto, observa-se que no Brasil há um número considerável de normas que dão suporte aos legitimados para o exercício da jurisdição agir, também, objetivando a preservação e a manutenção de um ambiente saudável às gerações presentes e futuras, bem como a justa reparação patrimonial ou extrapatrimonial.

Entretanto, a existência por si só das normas jurídicas não é bastante para exigir determinada conduta do ser humano. Necessário, também, a criação na coletividade de uma cultura ambiental originária na sensibilidade ambiental.

Analisadas as principais características da sociedade de risco, com especial ênfase à irresponsabilidade organizada, passa-se, no próximo capítulo, à problematização acerca da utilização da teoria do fato consumado na jurisprudência brasileira.

2 FATO CONSUMADO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

No capítulo anterior, procedeu-se uma abordagem da irresponsabilidade organizada como uma das características da sociedade de risco. No presente capítulo, realiza-se uma análise da teoria do fato consumado, seu nascimento e seu tratamento pela doutrina nas searas administrativa, civil e ambiental.

Posteriormente, será efetuado um estudo acerca da utilização de tal teoria pelos Tribunais Superiores, Federais e de quatro Estados da Federação em casos relacionados ao meio ambiente.

2.1 FATO CONSUMADO

De acordo com Ferreira (2002) na década de 1960, o STF enfrentou várias ações ajuizadas por estudantes que questionavam regimentos internos de universidades os quais exigiam nota cinco para aprovação de seus alunos. Com o objetivo de resolver a questão, o Tribunal editou o Enunciado da Súmula 58: “é válida a exigência de média superior a quatro para a aprovação em estabelecimento de ensino superior, consoante o respectivo regimento”.

Todavia, isso não punha termo àquelas ações em que os estudantes tinham obtido liminares. Dessa feita, o STF resolveu cancelar as decisões oriundas de provimentos cautelares ilegais, com escopo na dúvida objetiva sobre a validade dos regimentos universitários ou até mesmo equidade. E assim nasceu a teoria do fato consumado no Direito brasileiro.

Nas palavras de Ferreira (2002, p. 41), fato consumado é: “o argumento judicial utilizado para validar, em sentenças, as atividades ilegais protegidas por liminares, tão-somente porque o beneficiário delas já praticou o ato que lhe interessava, quando chegado o momento de decidir a causa”.

Para Tessler (2004, p. 99), a teoria do fato consumado só encontra razão de existir devido à “criticada e combatida ‘lentidão do Judiciário’ que enseja a ocorrência da consumação dos fatos, quase sempre à revelia da lei”.

Pontualmente, em sede de matéria estudantil, a referida autora apresenta duas condições para a aplicação da teoria em comento. *A priori*, que não cause prejuízo a terceiros. Segundo, para convalidar situações, posições prestigiadas pelo Judiciário com provimentos liminares que se prolongam no tempo, no mínimo por dois anos, na

maioria dos precedentes por quatro anos ou mais. Em verdade, inúmeros casos chegam às Cortes Superiores às vésperas de conclusão dos cursos.

Já Ferreira (2002) aponta cinco fundamentos que dão azo à aplicação da teoria do fato consumado no direito pátrio: 1) ausência da interposição de recurso voluntário contra as sentenças que reconhecem a situação de fato consolidada; 2) segurança jurídica; 3) prejudicialidade, pelo provimento cautelar, do pedido contido no processo principal e, atualmente, inclui-se a antecipação de tutela; 4) ponderação entre o dano e o sucesso hipotético do autor; 5) equidade.

No que diz respeito ao primeiro fundamento acima citado, tem-se que a remessa de ofício existe justamente para evitar que ilegalidades sejam revestidas pelo trânsito em julgado da sentença e seus efeitos ecoem eternamente. Contudo, agindo dessa forma, os tribunais superiores fazem cair por terra a sua razão de existir.

O segundo fundamento mostra-se incompatível com o fato consumado, haja vista que ao invés de evitar o risco social ele dá causa para que ocorra. Sobre o terceiro fundamento, Ferreira (2002, p. 66) explica:

À semelhança da decisão judicial que “acelerou” o tempo no início do processo, profere-se outra decisão ao seu término a determinar a desconstituição da ordem ilegal transitória. Se o Judiciário errou, ao antecipar o que não devia, a solução em termos de tutela jurisdicional não deve ser a perpetuação da atividade contrária ao direito; o juiz deve reparar seu equívoco, retornando as coisas ao estado anterior. Em todas as hipóteses da casuística, a atividade antecipada por ordem judicial ilegal comportaria desfazimento por outra decisão em sentido contrário. Quem aceita a manipulação judicial do tempo para o futuro há de aceitá-la para o passado, não queira contradizer-se.

No que tange ao quarto fundamento, sustenta que a parte não pode sofrer dano maior do que se a liminar não tivesse sido deferida. Contudo, impende mencionar que se o que foi deferido é ilegal, se for negado na ocasião da sentença, não há de causar dano. A equidade como sexto fundamento nos dá azo para pensar que se a medida cautelar não tivesse sido positiva para o impetrante, este seria capaz de obter êxito sem ela, o que é uma inverdade, uma vez que nos casos em que se

verifica a aplicação do fato consumado ou situação consolidada, a única maneira que havia de se cumprir o objetivo é recorrendo ao Poder Judiciário (FERREIRA, 2002).

A aplicação da teoria em comento, além dos seis sustentáculos descritos anteriormente, também é estribada na finalidade social das leis. Afinal, o fato consumado é derivado da demora do Poder Judiciário brasileiro para conceder a tutela jurídica definitiva aos processos que lhe são submetidos.

Outrossim, não parece imprudente afirmar que a teoria do fato consumado nasceu com o caráter compensatório. Prova é que surgiu apenas com o intuito de conceder uma resposta satisfatória à sociedade ante a delonga demasiada dos julgamentos.

Tessler (2004, p. 99) leciona de modo brilhante sobre a matéria:

[...] pode-se aproximá-la da figura da prescrição ou decadência. Trata-se da peculiar maneira de o Judiciário responder à passagem do tempo, “trabalhar” a passagem do tempo. A jurisdição enfrenta o tempo de diversas maneiras, uma delas é justamente a consideração da consumação de efeitos, que não convém sejam desfeitos. É uma especial projeção do “*quieta non movere*”. A teoria foi construída pela jurisprudência em lenta elaboração.

Dessa feita, muitas situações antes ilegais, após a concessão de uma tutela de urgência e anos de inércia - que, em tese, tem caráter precário - findam por serem revestidas pela teoria do fato consumado após agasalho jurídico concedido pelo Judiciário.

Consoante a isso, Ferreira (2002, p. 43) demonstra posicionamento seguro e afirma: “[...] quem já tem a legalidade a seu favor não precisa de argumento adicional para obter a vitória.”

Inegável que é uma solução bastante prática em meio a esse “imbróglio legal”.

Ferreira (2002, p. 41) mostra-se firme em suas convicções:

Com o passar de décadas e com a utilização das fórmulas prontas “fato consumado” e “situação de fato consolidada”, perdeu-se a consciência de algo fundamental: o Judiciário preserva sempre uma ilicitude, quando usa ambos os apelidos para decidir causas. Fosse o provimento cautelar

válido, o Judiciário não precisaria do argumento em causa para conservá-lo. Bastaria dizer que a liminar deferida respeita o direito, motivo pelo qual a sentença a confirma. Portanto, quem fala em fato consumado fala também em ilicitude.

Tessler (2004, p. 99) aponta que os servidores públicos ou seus dependentes, os dependentes de militares e estudantes são os principais beneficiados da teoria do fato consumado, e comenta ainda:

[...] A jurisprudência prestigiou a teoria para oferecer uma solução socialmente aceitável. A teoria é fruto direto da incapacidade do Judiciário de entregar em tempo útil e hábil uma solução. Pode-se criticá-la dizendo que o fato consumado é de fato cômodo, exime o Judiciário do dever de decidir as lides. A teoria do fato consumado opera face à inexorabilidade do fator tempo [...] A missão da Justiça é ao fim, a pacificação social “desmistifica a lógica e dá prioridade à vida”. Na tensão dos valores, feita a hierarquização axiológica, prevalece “o fato consumado, pois não convém seja modificado sob pena de afrontar valores”, justamente a segurança jurídica e a paz social.

No que concerne à utilização da teoria em questão na esfera do Direito Administrativo, Mattos (2011) afirma que “[...] o fato consumado no direito administrativo possui a força de convalidar, ou até mesmo, sanear o ato nulo e anulável [...]”, o que vale tanto para a administração como para o administrado, em cumprimento ao disposto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988⁵.

De acordo com o Decreto-Lei nº. 20910/32, após cinco anos ocorre à prescrição dos atos administrativos - contados da data do fato ou ato administrativo. A Lei 9.784/99, em seu artigo 54, igualmente prevê a prescrição. Dessa feita, a Administração Pública possui em seu favor a consumação de seus atos pelo transcurso dos anos, sendo o fato consumado detentor do poder de convalidar, ou até mesmo, sanear o ato nulo e anulável (MATTOS, 2011).

⁵ Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

Nessa esteira, não se mostra aconselhável a interrupção de ato que se fez plenamente válido durante anos, ainda que em sua gênese tenha ocorrido vício. Doutro norte, mister registrar ressalva feita por Freitas (2002), de que se a nulidade for absoluta, gravíssima e intransponível, causando lesão grave ao interesse público, nem mesmo a ação do tempo é capaz de convalidá-la.

Mattos (2011), por sua vez, defende a flexibilização do Direito Administrativo, citando, para tanto, Reale (1968, p. 83):

A idéia de se recorrer a sanatória ou convalidação dos atos nulos se coloca em termos menos rígidos na órbita do direito administrativo, não “por desamor ou menosprezo à lei, mas por ser impossível desconhecer o valor adquirido por certas situações de fato constituídas sem dolo, mas eivadas de infrações legais a seu tempo não percebidas ou decretadas.

Sobre o largo lapso temporal capaz de dar ensejo à utilização da teoria do fato consumado, em confronto com a segurança jurídica, Vicente Raó (1991, p. 323) leciona em tom poético:

[...] segundo [...] Portalis, “o homem que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem da natureza só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade, querer mudar através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças.” (Grifo do autor).

Figueiredo (1994, p. 151) advoga:

[...] por força de erro administrativo, podem surgir situações consumadas, direitos adquiridos de boa-fé. Diante das situações fáticas constituídas, rever

tais promoções (hipótese consideradas) seria atritar com princípios maiores do ordenamento jurídico, sobretudo com a segurança jurídica, princípio maior de todos, como diz Norberto Bobbio.

Nessa esteira, Reale (1968, p. 72) adverte:

Assim sendo, se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando da inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela.

Dessa maneira, vê-se de forma clarividente que, em se tratando de Direito Administrativo, se inexistiu má-fé e qualquer contestação dentro do prazo de cinco anos - contados da data do fato ou ato administrativo -, ainda que o ato administrativo tenha nascido com certa irregularidade, aplica-se seguramente a teoria do fato consumado. Isso a fim de defender a segurança jurídica, estabilidade nas relações e, novamente, a já citada finalidade social das leis. Afinal, o poder da Administração Pública não pode ser *ad eternum*.

Aproprio-me das palavras de Ost (2005, p. 48), que ao lecionar sobre o tempo e o direito, descrevendo essa relação com transbordante paixão e o ar poético, menciona que “[...] o passado possui seus direitos, que não poderíamos violar impunemente, pois ele condiciona nossas identidades.”

Na seara civilista, também se encontra respaldo legal para a aplicação do fato consumado, qual seja por meio dos dispositivos 1.258

e 1.259 do Código Civil Brasileiro⁶. Aqui, novamente, constata-se a existência da figura da boa-fé, sendo esta imprescindível para a aplicação da teoria do fato consumado.

Santos (1996) relata que o entendimento jurisprudencial vai no sentido de determinar a indenização, desde que a área invadida pela obra seja mínima, lhe for oneroso o levantamento de edificação parcialmente feita e, especialmente, exista boa-fé. Todavia, se constatada má-fé, poderá ser determinada a demolição e o pagamento de indenização em dobro, ou se não for possível o desfazimento da obra, o pagamento de dez vezes o valor da indenização.

A aplicação da teoria do fato consumado apresenta peculiaridades para cada área, como se pôde ver até então. Contudo, os reflexos desta fórmula de resolução de litígio apresentam-se mais complexos sob a ótica do direito ambiental.

O meio ambiente, como consagrado pela Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 225, é um direito fundamental de todos, indistintamente. Ao mesmo tempo, é um dever do Estado e de toda a coletividade a sua preservação, a fim de manter-se ou tornar-se um meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável.

Ainda, é um direito intergeracional, ou seja, não somente da presente geração, mas também é daqueles que ainda não chegaram a este mundo.

É demasiadamente importante lembrar que quando um recurso ambiental é poluído, como um rio que é atingido pelo lançamento de efluentes líquidos oriundos de processos químicos, por exemplo, não é apenas este bem ambiental que sofre, mas outros tantos acabam sofrendo igualmente, uma vez que é impossível fracionar os processos ecológicos, é como uma rede interligada que funciona de forma cíclica, sem começo nem fim.

⁶ Art. 1.258. Se a construção feita parcialmente em solo próprio invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente. Parágrafo único. Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção.

Art. 1.259. Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder à vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagamento as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro.

Portanto, quando o meio ambiente está em equilíbrio, todos ganham, mas quando este sofre qualquer agressão que diminua a qualidade ambiental, também, um número indefinido de pessoas é atingido, direta ou indiretamente. Inúmeros casos de ilícitos ambientais chegam ao Poder Judiciário todos os dias, mas nem sempre, aliás, não é exagero afirmar que um número bastante considerável de processos acaba não recebendo o tratamento à altura da importância do bem ambiental.

Um dos principais fatores, senão o principal, que dá guarida para essa ineficiência do Poder Judiciário é a morosidade na resolução dos litígios. Ocorre que, em se tratando de direito difuso ora em análise, não é plausível que se permita a passagem de largo lapso temporal, pois o “tempo ambiental” é diferenciado.

De acordo com Teixeira (2008), dois fatores são importantes na consolidação da ideia de uma escala especial de tempo ambiental: a irreversibilidade ou difícil reparação do dano ambiental, bem como os princípios da prevenção e precaução - que, segundo o autor, são os princípios estruturantes do direito ambiental.

Uma vez que esse tempo não tem sido tratado com o devido respeito, em regra, cria-se a seguinte situação: o ilícito ambiental acaba sendo classificado como situação consolidada ou fato consumado, e a sanção é convertida em medida compensatória - na maioria das vezes pena pecuniária - e/ou indenização.

Atinente ao tema, o Ministro Moreira Alves⁷ apresentou seus argumentos:

Não desconheço que esta Corte tem, vez por outra, admitido - por fundamento jurídico que não sei qual seja - a denominada 'teoria do fato consumado' [...]. Jamais compartilhei esse entendimento que leva a premiar quem não tem direito pelo fato tão só de um Juízo singular ou de um Tribunal retardar exagerada e injustificadamente o julgamento definitivo de um mandado de segurança em que foi concedida liminar, medida provisória por natureza, ou de a demora, na desconstituição do ato administrativo praticado por força de liminar posteriormente cassada, resultar de lentidão da máquina

⁷ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 120.893. Diário da Justiça, 11 dez. 1987, p. 28.277.

administrativa. [...]. Para que haja direito adquirido se faz necessária a existência de um direito, o que, nesses casos, não ocorre a toda evidência.

A prestação jurisdicional não deve ser influenciada pela passagem do tempo, pois não é este quem deve pôr termo à lide, mas sim o Estado/Juiz, pois aquele, quase sempre, fica ao lado de quem não tem razão, especialmente quando se trata da proteção ambiental (TEIXEIRA, 2008).

E o objeto da lide – meio ambiente – permanece com o prejuízo, acumulando e sofrendo com os descasos de ações antrópicas.

Nesse ínterim, Martini e Ferronato (2011) comentam:

A sociedade e, sobretudo, o Estado, incluindo todos os seus integrantes, em especial o Poder Judiciário, precisam encontrar meios legais de proteger o meio ambiente, sem prejuízo de um desenvolvimento sustentável, mas de forma eficaz, evitando-se o cômodo argumento do fato consumado para a permissão da degradação ambiental, fruto este, como visto, no mais das vezes, da morosidade judiciária, que se deixa emaranhar por inúmeros pedidos de todos os envolvidos, sem se atentar que para a fundamentalidade do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e que se está diante do dever de ser este assegurado para as gerações futuras.

Em se tratando de meio ambiente, é extremamente necessário que haja uma resposta rápida do Poder Judiciário. A teoria do fato consumado é uma afronta ao princípio da legalidade, uma vez que premia ações ilícitas em razão do decurso do tempo, ao passo que muitas pessoas que buscam agir dentro da lei acabam sendo “prejudicadas” pelo excesso de burocracia. Um clássico exemplo dessas situações são as construções irregulares edificadas em áreas de preservação permanente. Inúmeros são os casos em que obras foram realizadas nessas áreas sem qualquer amparo legal prévio, mas que não foram demolidas por serem enquadradas como situação consolidada. Este é um verdadeiro retrato da irresponsabilidade organizada.

Por fim, Tessler (2004, p. 100) faz um importante alerta:

A teoria do fato consumado será tanto mais prestigiada quanto descumprido, pelos juízes de primeiro grau e integrantes dos Tribunais de apelação, o dever de julgar atempadamente, prestando jurisdição célere. A propósito da teoria do fato consumado é de ser lembrada a lição de Dworkini de que há diversos modos de julgar, alguns apenas apropriados aos Tribunais Superiores. Há soluções que não foram concebidas para serem utilizadas pelos juízes singulares, “o fato consumado” é uma delas, pois, é confessar a própria inoperância na maior parte das vezes. Já o Tribunal Superior não tem outra solução se não conferir prestígio ao que tanto tempo foi prestigiado. Trata-se, pois, de solução que demanda parcimônia e prudência pelo Juiz de primeiro grau e, na maioria dos casos, a única solução razoável que resta aos Tribunais Superiores.

Por todos os motivos ora expostos, conclui-se que a teoria do fato consumado ou situação consolidada deve ser utilizada com muita cautela, sob pena de dar origem a modificações genéticas legislativas, criando verdadeiras aberrações não somente jurídicas, mas também ambientais, que terão de ser suportadas por toda a coletividade.

2.2 FATO CONSUMADO EM AMBIENTES DE IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA: A NECESSIDADE DE UMA REORIENTAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL E DOS SEUS PRINCÍPIOS FACE AOS PROBLEMAS AMBIENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO

A irresponsabilidade organizada, juntamente com o Estado de insegurança e a explosividade social, é apontada por Ulrick Bech como um dos fatores decorrentes das atividades humanas que vêm degradando o meio ambiente.

Uma das molas propulsoras da irresponsabilidade organizada é o caráter difuso e muitas vezes invisível do dano ambiental, somado aos interesses políticos e econômicos que ocultam os riscos e perigos da origem e consequências do dano.

Nesse contexto, estão insertos os problemas de segunda geração, quais sejam os efeitos combinados e duradouros da degradação

ambiental, capazes de comprometer a qualidade ambiental, e até mesmo a existência das futuras gerações.

Com vista a fazer frente aos efeitos colaterais da era em que vivemos - da chamada sociedade de risco -, o direito sofreu um redirecionamento em suas bases e começou a se preocupar mais seriamente com a esfera ambiental, quando passou a criar instrumentos legais com o objetivo de amenizar e impedir os danos ambientais e seus reflexos. Quem mais sentiu o efeito dessas mudanças foi o direito constitucional⁸. Também se tem cobrado uma atuação mais efetiva do Estado - que exerce um papel de suma importância nesse processo -, como leciona Canotilho (2007, p. 5-6):

[...] o Estado (e demais operadores públicos e privados) é obrigado a um *agir activo e positivo* na protecção do ambiente, qualquer que seja a forma jurídica dessa actuação (normativa, planeadora, executiva, judicial). Esta protecção, [...] vai muito para além da defesa contra simples perigos, antes exige particular dever de cuidado perante os riscos típicos da *sociedade de risco*. [...] O Estado de direito, hoje, só é Estado de direito se for um Estado protector do ambiente e garantidor do direito ao ambiente; mas o Estado ambiental e ecológico só será Estado de direito se cumprir os *deveres* de *juridicidade* impostos à actuação dos poderes públicos (*sic*).

E como bem resumiu Leite (2000, p. 53), acompanhado por Fiorillo e Rodrigues, Canotilho e Moreira: “[...] o direito ambiental é um direito de abstenção compartilhada da coletividade e do Estado de ações que venham a provocar dano relevante ao meio ambiente.”

⁸ Canotilho (2007, p. 9-10) afirma que: “O direito constitucional acompanha o esforço da doutrina no sentido de se alicerçar a determinação jurídica dos *valores limite do risco* ambientalmente danoso através da exigência da protecção do direito ao ambiente segundo o *estádio mais avançado da ciência e da técnica*. Isto significa que o *princípio da melhor defesa possível* dos perigos e os *princípios* da precaução e da prevenção do risco ambiental segundo o patamar mais avançado da ciência e da técnica marcam também os limites da *razão prática* no plano do direito constitucional. E não cabe a uma Constituição aderir a postulados filosóficos de segurança (‘segurança deterministicamente determinada’, ‘segurança probabilisticamente determinada’) para extrinsecar o desenvolvimento jurídico-constitucional de concretização do risco. De qualquer modo, o que parece constitucionalmente aceitável é tentar uma aproximação à *fixação normativa de valores limite* através de princípios jurídico-constitucionais.” (*sic*).

Nesse ínterim, surgem os princípios de direito ambiental⁹, tais como: princípio da prevenção, princípio da precaução, princípio do poluidor-pagador, princípio da reparação integral e princípio do não retrocesso ecológico.

Mirra (1996) aponta quatro funções dos princípios do Direito Ambiental no que diz respeito a sua compreensão e aplicação:

a) são os princípios que permitem compreender a autonomia do Direito Ambiental em face dos outros ramos do Direito;

b) são os princípios que auxiliam no entendimento e na identificação da unidade e coerência existentes entre todas as normas jurídicas que compõem o sistema legislativo ambiental;

c) é dos princípios que se extraem as diretrizes básicas que permitem compreender a forma pela qual a proteção do meio ambiente é vista na sociedade;

d) e, finalmente, são os princípios que servem de critério básico e inafastável para a exata inteligência e interpretação de todas as normas que compõem o sistema jurídico ambiental, condição indispensável para a boa aplicação do Direito nessa área.

Tamanha é a importância dos princípios no ordenamento jurídico que se da interpretação de determinada norma for identificado desrespeito a algum princípio, tal interpretação deverá ser rechaçada ou, no caso de houver lacuna jurídica, essa deverá ser preenchida em consonância com o disposto nos princípios.

2.2.1 Princípio da prevenção e da precaução

A priori, faz-se necessário esclarecer que alguns autores tratam os princípios da prevenção e da precaução como sinônimos. Sirvinskas (2006), Fiorillo (2009) e Milaré (2005) são alguns deles.

⁹ Para Mateo (1991, p. 93): “Aunque el Derecho ambiental se apoya a la postre em um dispositivo sancionador, sin embargo, sus objetivos son fundamentalmente preventivos. Ciertamente que la represión lleva implícita siempre una vocación de prevención em cuanto que lo que pretende es precisamente por via de amenaza y admonición evitar el que se produzcan los supuestos que dan lugar a la sanción, pero em el Derecho ambiental la coacción *a posteriori* resulta particularmente ineficaz, por um lado em cuanto que de haberse producido ya lãs consecuencias, biológica y también socialmente nocivas, la represión podrá tener uma transcendencia moral, pero difícilmente compensará graves daños, quizá irreparables, lo que ES válido también para lãs compensaciones impuestas imperativamente. Los efectos psicológicos de la sanción o de la compensación-sanción se encuentran aqui muy debilitados, ya que, como se há observado, las sanciones suelen ser de muy escaso monto, siendo habitualmente preferible para los contaminadores, pagar la multa que cesar en sus conductas ilegítimas.”

Por seu turno, Milaré (2005, p. 166) entende que o princípio da prevenção tem caráter genérico e engloba o da precaução, assim o definindo: “[...] concernindo à prioridade que deve ser dada as medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente, de modo a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar a sua qualidade.”

Neste trabalho, os termos são tratados distintamente. A ancorâmo-nos, sobretudo, na distinção feita por Leite (2000, p. 51-2), citando Kiss:

Necessariamente associada ao princípio da precaução apresenta-se a atuação preventiva, como instrumento da justiça ambiental e de direito ambiental. [...] a diferença entre os princípios da prevenção e da precaução está na avaliação do risco ao meio ambiente. Precaução surge quando o risco é alto. Este deve ser acionado nos casos onde a atividade pode resultar em degradação irreversível, ou por longo período, do meio ambiente, assim como nos casos onde os benefícios derivados das atividades particulares é desproporcional ao impacto negativo ao meio ambiente. Já a prevenção constitui o ponto inicial para alargar o direito ambiental e, especificamente, o direito ambiental internacional.

Agir antecipadamente, analisar os riscos oriundos de determinada atividade estribado em possíveis danos já conhecidos e comprovados. De modo simplista e direto, este é o conceito do princípio da prevenção que, ainda - visando desfazer qualquer possível confusão com o princípio da precaução -, pode ser simplificado na seguinte frase: “eu apenas posso me prevenir daquilo que já conheço.”

O princípio da prevenção foi acolhido pela atual Lei Maior brasileira no *caput* do artigo 225, ao se referir que é dever do Poder Público e da coletividade proteger e preservar o meio ambiente para às presentes e futuras gerações.

Para que esta “missão” não fique apenas no papel, é imprescindível que as pessoas tenham consciência de que seus atos agora poderão, de fato, ecoar por toda a eternidade, levando consequências para quem ainda nem nasceu.

Isso não é uma tarefa fácil, quanto mais de retorno a curto prazo, muito pelo contrário, é longo, longuíssimo prazo. Faz-se necessário criar uma política de educação ambiental bastante sólida, envolvendo não apenas as escolas, mas diferentes setores da sociedade, a fim de

modificar ações errôneas que passaram de geração para geração como se corretas fossem.

Para auxiliar nessa árdua caminhada, a legislação dispõe de vários instrumentos tanto na esfera administrativa, como o licenciamento ambiental, o estudo de impacto ambiental, sanções administrativas, manejo ecológico etc; quanto na judicial: liminar e tutela antecipada.

E Fiorillo (2009, p. 55) ainda complementa:

[...] a efetiva prevenção do dano deve-se também ao papel exercido pelo Estado na punição correta do poluidor, pois, dessa forma, ela passa a ser um estimulante negativo contra a prática de agressões ao meio ambiente. Não se deve perder de vista ainda que incentivos fiscais conferidos às atividades que atuem em parceria com o meio ambiente, bem como maiores benefícios às que utilizem tecnologias limpas também são instrumentos a serem explorados na efetivação do princípio da prevenção.

A utilização da prevenção como modo de decidir determinadas situações reflete claramente a aplicação de outro princípio, o denominado *in dubio pro ambiente*.

Na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, entre 3 e 14 de junho 1992, com a participação de 178 representantes de governos e mais de 100 chefes de Estado, 20 anos após a Declaração de Estocolmo, foi criada a Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima e a Convenção sobre Diversidade Biológica, a Declaração de Princípios sobre as Florestas, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e a Agenda 21.

Na Declaração do Rio, dentre tantos princípios, no de número 15 está inserto o princípio da precaução:

Princípio 15. Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas

economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Novamente, de maneira simplificada, o princípio da precaução pode ser conceituado como aquele a ser utilizado quando não se tem conhecimento e/ou comprovação científica de quais danos determinada atividade é potencialmente causadora, ou seja: “quando desconheço os efeitos de determinadas ações, devo me precaver.”

A implementação deste princípio não significa imobilizar as atividades humanas, mas apenas almeja a sadia qualidade de vida das gerações presentes e futuras, bem como a manutenção da natureza existente no Planeta (MACHADO, 2003).

Prieur (2004) afirma que o desconhecimento das consequências de certas ações a curto ou longo prazo não deve servir como pretexto para postergar a adoção de medidas que buscam prevenir as degradações ambientais.

De acordo com o entendimento de Kiss e Beurrier (2004), o princípio em comento é uma das maiores inovações da derradeira década do século XX, sendo considerado como um dos princípios norteadores do Direito Internacional Ambiental.

Atinente ao assunto, Canotilho (2007, p. 10) apresenta:

A falta de certeza científica absoluta não desvincula o Estado do dever de assumir a responsabilidade de protecção ambiental e ecológica, reforçando os *standards* de precaução e prevenção de agressões e danos ambientais. Se é uma utopia pretender [...] o princípio da precaução um “grau zero” de risco ambiental, já é razoável assumir, a nível normativo - desde logo normativo-constitucional -, a necessidade de as “ignorâncias tecnológicas” e dos “slogans políticos” darem origem a regras densificadoras das “ciências incertas”. Dentre estas regras densificadoras incluir-se-ão novos modelos probatórios, como a inversão do ônus da prova, as conferências de consenso e os *standards* de fiabilidade probatória (*sic*).

No magistério de Leite (2000), o princípio em questão deve ser compreendido como o que almeja se antecipar a uma suspeita de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança desta. Agindo

assim, prevê uma política ambiental¹⁰ adequada a este princípio.

Com o escopo de dar efetividade a tal política ambiental, Derani (1997, p. 167) sugere que o Estado atue firmemente na:

Implementação de pesquisas no campo ambiental, melhoramento e desenvolvimento de tecnologia ambiental, construção de um sistema para observação de mudanças ecológicas, imposição de objetivos de política ambiental a serem alcançados a médio e longo prazo, sistematização das organizações no plano de uma política de proteção ambiental, fortalecimento dos órgãos estatais competentes para a melhora na execução de planos ambientais, bem como de textos legislativos visando a uma efetiva organização política e legislativa de proteção ambiental.

Mister registrar que o princípio da precaução traz consigo uma característica bastante peculiar, qual seja, a inversão do ônus da prova. Cabe, portanto, ao possível autor do dano demonstrar que sua pretensa atividade não ocasionará dano ao meio ambiente, liberando-o de implementar as medidas de precaução.

2.2.2 Princípio do poluidor-pagador

Inexiste uma limitação monetária para os recursos ambientais, ou um plano de regeneração capaz de preservar a manutenção desses, e, como uma das consequências do movimento do desenvolvimento sustentável surgiu no Brasil, dá-se o princípio do poluidor - pagador, chamado na França como *pollueur - payeur* e na Espanha como *contaminador - pagador* ou *quien contamina paga*.

¹⁰ Para Leite (2000, p. 50-51): “[...] impõe-se a adoção do princípio da precaução na política ambiental e todos os outros setores interligados, como meio de combater prematuramente o perigo e a incerteza científica. Mais do que isto, o princípio da precaução, como estrutura indispensável ao Estado de justiça ambiental, busca verificar a *necessidade* de uma atividade de desenvolvimento e os potenciais de risco ou perigo desta. Parte-se dos pressupostos de que os recursos ambientais são finitos e os desejos e a criatividade do homem infinitos, exigindo uma reflexão através da precaução, se a atividade pretendida, ou em execução, tem como escopo a manutenção dos processos ecológicos e de qualidade de vida. Os caminhos para uma efetiva implementação deste princípio passam por conflituosos dilemas que exigem respostas adequadas e atitudes decididamente mais direcionadas à proteção ambiental, como sinal de equidade ambiental com relação ao futuro. Talvez, a maior crítica que se possa fazer a este princípio seja a dificuldade em precisar o seu exato conteúdo, tendo, na verdade, sido mais invocado do que realmente colocado em prática.”

Ainda que de modo embrionário, o Preâmbulo n. 7 da Declaração de Estocolmo deu vida ao princípio do poluidor - pagador, que deposita grande responsabilidade a toda sociedade:

Atingir tal fim, em relação ao meio ambiente, exigirá a aceitação de responsabilidades por parte de cidadãos e comunidade, e por empresas e instituições, em todos os níveis, participando de maneira justa nos esforços comuns.

A Declaração do Rio de Janeiro, por meio do artigo 16, abarcou este princípio:

As autoridades nacionais devem procurar assegurar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta o critério de quem contamina deve, em princípio, arcar com os custos de contaminação, levando-se em conta o interesse público e sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais.

Em nível internacional, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, através da Recomendação n. 72, prevê o princípio do poluidor - pagador. O Conselho da Europa e os ordenamentos jurídicos de todos os países da comunidade europeia, por meio do Ato Único Europeu, também fazem uso desse princípio.

Ainda, importante mencionar a Diretiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de abril de 2004. Essa norma é relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais, e tem por objetivo estabelecer um quadro de responsabilidade ambiental baseado no princípio do “poluidor-pagador”, para prevenir e reparar danos ambientais.

Já na legislação pátria, o artigo 4º, VII da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (6.938/81) leva: “à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.”

De igual modo, o artigo 225, § 3º da CF de 1988, reza que: “as atividades e condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

De acordo com o disposto no artigo 3º, IV, da Lei 6.938/81: “poluidor: a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente por atividade causadora de degradação ambiental.”

Basicamente, o princípio do poluidor - pagador labora sob o fundamento de que o poluidor deve arcar com os custos da prevenção, reparação e repressão da poluição. O mecanismo de funcionamento desse princípio está fixado na internalização das externalidades sociais, ou internalização dos custos sociais ou efeitos externos.

Zanini e Pereira (2008, p. 28) descrevem com clareza os conceitos de externalidades e internalidades, respectivamente:

[...] externalidades são os custos de danos causados pela atividade desenvolvida por aquele poluidor, mas que não são somados ao preço final do produto por ele produzido. Sendo assim, o poluidor não sofrerá nenhum custo monetário pela poluição por ele causada. Já a internalização parte da idéia de que o poluidor deverá arcar com os custos destes danos, só que desta vez, incluindo este valor como custo de produção, devendo ser repassado ao valor final do produto.

Ao contrário do que possa parecer, esse princípio não dá permissão de poluir pelo simples pagamento de uma multa. Ele almeja primordialmente a recuperação da área degradada, mas que também inclua os custos da utilização dos recursos ambientais¹¹, especialmente os naturais¹², haja vista que historicamente são vistos como de custo zero.

O princípio do poluidor - pagador visa demonstrar para o poluidor que a degradação ambiental não compensa, mas sim, que a preservação e a compensação ambiental são mais vantajosas.

Vê-se, aqui, o caráter dúplice desse princípio: preventivo (*verursacherprinzip*) - que objetiva a internalização dos custos gerados pelo dano ambiental, agindo de modo a diminuir ou prevenir o dano -, e reparatório (*verantwortungsprinzip*) - visa a internalização das

¹¹ Recursos ambientais, em consonância com o que dispõe o art. 3º, V da lei 6.938/81, consiste na “atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.”

¹² Recursos naturais, no magistério de Milaré (2007, p. 116) são, “[...] parte de um conjunto mais amplo, os recursos ambientais. Em outros termos, todo recurso natural é ambiental, mas nem todo recurso ambiental é natural.”

externalidades negativas oriundas de processos produtivos que acabam sendo recebidas pela sociedade (DERANI, 1997).

Pode-se afirmar que nesse princípio há incidência da responsabilidade civil objetiva; prioridade da reparação específica do dano ambiental e solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente (FIORILLO, 2009).

2.2.3 Princípio da reparação integral

O princípio da reparação integral decorre de responsabilidade civil objetiva - prevista no artigo 4º VII, da Lei 6.938/81¹³, bem como no artigo 225, §3º da Constituição Federal pátria¹⁴-, ou seja, independe de culpa.

A legislação brasileira prevê duas formas de reparação do dano ambiental: primordialmente a reparação ou a substituição do bem ambiental, e somente de forma subsidiária, a indenização pecuniária, que é uma forma de compensação ecológica.

Por óbvio que qualquer modificação que se faça no meio ambiente causará reflexos de algum modo, uma espécie de “efeito dominó natural”, e por mais que se tente reparar o dano causado, muitas vezes não se consegue voltar exatamente ao *status quo*, sendo que em determinados casos essa reversão pode não mais ser possível. E é para essas situações que há previsão de indenização pecuniária.

Ocorre que a tarefa de fixar o *quantum* não é nada simples. Como valorar o dano causado em uma área desmatada da floresta amazônica, ou de um rio que servia como reservatório de uma cidade e foi poluído por produtos químicos?

O montante a ser fixado não poderá ficar aquém do dano sob pena de não corresponder ao prejuízo e tampouco educar o degradador,

¹³ Art. 4º A política nacional do meio ambiente visará.

(...)

VII - À imposição, ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

¹⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

mas, também, não pode ficar além, sob pena de dar causa ao enriquecimento ilícito do indivíduo que sofreu o prejuízo.

Para saber se o princípio em estudo alcançou seu fim, é necessário observar o cumprimento de três requisitos: a capacidade de autorregeneração, a capacidade de autorregulamentação e a capacidade funcional.

Imperioso destacar que a responsabilidade civil afeta a área ambiental difere da aplicada ao direito civil ou administrativo, o que Jeanne Machado (2006, p. 108) destaca com propriedade:

Na responsabilidade por dano ambiental, não se perquire a culpa, pois o dano provocado não permite a liberação da sua reparação; o meio ambiente, uma vez degradado, permanecerá prejudicando injustamente a vida presente e, principalmente, a vida futura, sendo indispensável encontrar soluções atuais e adequadas para promover a justiça e a equidade.

Ao lecionar sobre a extensão da reparação integral, Mirra (2004) diz que essa não deve abarcar somente o dano causado ao bem ou recurso ambiental atingido, mas toda extensão dos danos reflexamente causados pelo fato danoso - efeitos ecológicos e ambientais -, e exemplifica com a destruição de espécimes, habitats e ecossistemas inter-relacionados com o meio atingido, e os danos interinos, quais sejam a perda na qualidade ambiental ocorrida no lapso temporal entre a ocorrência do dano e a efetiva recomposição deste, sem olvidar também dos danos futuros, dos danos irreversíveis e dos danos morais coletivos.

Nesse norte, Zanella et al. (2006, p. 68) asseveram:

Assim sendo, pouco ou nada adianta a indenização pelos prejuízos materiais quando desacompanhada da justa e cabal reparação pelos danos extrapatrimoniais à subjetividade coletiva de uma comunidade inteira ou de significativa parcela desta. Pelo fato do homem, sob a ótica da moderna interpretação complexo-sistêmica, fazer parte do meio ambiente e dele depender direta e indiretamente, não se pode ficar indiferente à circunstância de que o abalo emocional ou psíquico deva ser objeto de reparação, porque também decorrente de um agir ilícito do ofensor.

O período de privação do equilíbrio ambiental, da qualidade de vida sofrido pela coletividade, ante à agressão sofrida por determinado bem ambiental, deve estar incluso na reparação. Caso esta demore demasiadamente para ocorrer por completo, a coletividade tem direito subjetivo de ser indenizada pelo lapso temporal que decorrer entre a ocorrência do dano e o retorno do *status quo ante* (MACHADO, 2003).

Dessa feita, é lícito ao julgador determinar que se apure a extensão dos danos sem necessitar de provocação das partes, como se colhe de trecho do voto¹⁵ da Ministra do STJ Eliana Calmon no REsp 967.375-RJ, datado de 02/09/2010:

Há ainda, para além da conformação estritamente processual que a hipótese admite que se considerar a natureza da causa em tela, a impor a adoção de modelos e paradigmas próprios do Direito Ambiental, o que se justifica a partir das diversas peculiaridades desse ramo do Direito. No contexto, encontra plena aplicação o princípio do poluidor pagador, a indicar que, fazendo-se necessária determinada medida à recuperação do meio ambiente, é lícito ao julgador determiná-la mesmo sem que tenha sido instado a tanto.

Ora, vê-se aí bom exemplo de aplicação desse princípio que é de grande importância, principalmente quando aliado ao instituto da responsabilidade civil, primando sempre pela qualidade ambiental. Contudo, nem todos defendem a abrangência extrapatrimonial da reparação em sede ambiental. Há quem argumente da impossibilidade de se falar em dano moral ambiental, uma vez que o meio ambiente não é possuidor de subjetividade e direitos da personalidade, e que esta espécie de dano só ocorre quando atinge o foro íntimo do indivíduo, o que jamais poderia ocorrer a bens ambientais.

Em defesa dessa corrente está Stocco (2004), que afirma que acreditar no contrário disso é uma inverdade científica, devendo ser reparada apenas a esfera ecológica do dano. Ainda, argumenta ser ilógico que o degradador ambiental seja obrigado a reparar o meio ambiente e também arcar pecuniariamente pelo suposto abalo psicológico da coletividade, na qual o próprio degradador está inserido. E tudo por meio da mesma ação judicial.

¹⁵ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1001812&sReg=200701556073&sData=20100920&formato=PDF>. Acesso em: 3 ago 2011.

Para o autor, falar em dano ambiental é ir contra o que rezam a Lei Maior brasileira e os princípios da responsabilidade civil, haja vista que se visa proteger o meio ambiente e não o dano individual ou coletivo.

2.2.4 Princípio da proibição do retrocesso

O meio ambiente sofre há tempos com inúmeras ameaças, principalmente advindas da ação antrópicas, e como se essas não bastassem, também há aquelas oriundas das políticas legislativas, como por exemplo o projeto de Lei para modificar o atual Código Florestal brasileiro.

São ações que têm levado não somente o direito, mas a proteção ambiental ao retrocesso. São várias as razões que dão azo a isso, como questões econômicas, políticas, entre outros, mas que não são mencionadas claramente, permanecendo “por baixo dos panos”.

Para fazer frente a essas situações, o princípio do não retrocesso ou da proibição de retrocesso tem por objetivo conceder ao meio ambiente uma certa segurança jurídica, o que beneficia não somente as presentes gerações mas igualmente as futuras.

Prieur (2010), brilhante jurista francês, quando questionado sobre a matéria em tela, assim afirmou:

Fizemos esforços, com um grupo de cientistas e pesquisadores, para demonstrar que existem bases jurídicas para esse princípio de não retrocesso que se impõe a todos os países, principalmente, considerando-se que o meio ambiente se tornou um direito humano. Portanto, trata-se de um direito de nunca voltar atrás [...] Ele cita, por exemplo, que uma das bases jurídicas para esse entendimento está inserida na Declaração do Rio de Janeiro (ECO 92) que prescreve a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre.

Tamanha é a importância desse princípio, já que ele visa a maior proteção ambiental, o máximo existencial ecológico¹⁶ o que está intimamente ligado com o princípio da dignidade humana, já que não se

¹⁶ A expressão máximo existencial ecológico é utilizada para fazer um contraponto ao princípio do mínimo existencial ecológico, já que o princípio do não retrocesso ambiental objetiva sempre o máximo da proteção ambiental.

pode falar em dignidade humana sem falar em meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável.

Ayala et al. (2011) declaram que o princípio em questão possui relevância angular para corrigir distorções que possam existir na política ambiental brasileira. Segundo Canotilho (2007, p. 7-8):

[...] é razoável convocar o *princípio da proibição de retrocesso* no sentido de que as políticas ambientais - desde logo as políticas ambientais do Estado - são obrigadas a melhorar o nível de protecção já assegurado pelos vários complexos normativo-ambientais (Constituição, tratados internacionais, direito comunitário europeu, leis e directivas). A proibição de retrocesso não deve interpretar-se como proibição de qualquer retrocesso referido a medidas *concretas* ou como *proibição geral de retrocesso*. Não se pode falar de retrocesso quando forem adaptadas medidas compensatórias adequadas para intervenções lesivas no ambiente, sobretudo quando estas medidas contribuirão para uma clara *melhoria da situação ambiental*. (sic)

Nessa esteira, comentam Ayala et al. (2011):

Proibição de retrocesso não implica, portanto, em paralisia ou mandado para que se obste o exercício das liberdades econômicas que sejam capazes de afetar ou contribuir para a perda de qualidade de vida, senão um princípio que contribui para um controle da coerência das ações públicas e privadas, perante um projeto existencial compatível com o de uma República ecologicamente sensível.

O princípio em estudo pode aparecer como cláusula de salvaguarda, determinando que o Estado poderá editar medidas mais protetivas, mas nunca menos. Ou ainda, poderá surgir como cláusula de compatibilidade entre convenções internacionais, aplicando-se a norma mais protetiva.

Sarlet e Fensterseifer (2010) alertam que, para que aja uma adequada compreensão do conceito em análise, faz-se necessário destacar que existe um déficit em termos de proteção ambiental, como

exemplificado pela questão do aquecimento global, quando se impõem não somente a aplicação de práticas para impedir a ampliação de práticas poluidoras, mas também reduzir o uso e os níveis dos poluentes.

De acordo com Prieur (2010), há três princípios da não regressão. Primordialmente, a segurança jurídica - pela estabilidade legislativa; em seguida, a garantia de um meio ambiente saudável às futuras gerações; e, por último, assegurar a baixa no nível de poluição e uma maior biodiversidade, em consonância com a ética e a moral ambiental.

O princípio da proibição de retrocesso, embora implícito, objetiva preservar o bloco normativo, constitucional e infraconstitucional, já consolidado no ordenamento jurídico, principalmente no que tange assegurar a fruição dos direitos fundamentais, impedindo ou assegurando o controle de atos capazes de causar a supressão ou restrição dos níveis de efetividade vigentes dos direitos fundamentais (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010).

Segundo Sarlet e Fensterseifer (2010), esse princípio abarca dois conteúdos normativos que se completam. Primeiro, ao Estado cabe “não piorar” as condições normativas atuais, o que vale igualmente para a estrutura organizacional-administrativa. O segundo é de caráter imperativo, especialmente no que diz respeito ao meio ambiente. Aí, há obrigação de “melhorar”, aperfeiçoar as condições normativas e fáticas existentes hoje, com o fito de:

Assegurar um contexto cada vez mais favorável ao desfrute de uma vida digna e saudável pelo indivíduo e pela coletividade como um todo. Dessa feita vê-se que há respaldo legal para impugnar qualquer medida que vá de encontro a Constituição Federal, visando aniquilar ou restringir o grau de proteção, especialmente dos direitos fundamentais - onde está incluso o meio ambiente. Em consonância com o disposto por Sarlet e Fensterseifer (2010, p. 151), o princípio em comento faz as vezes de “garantia constitucional do cidadão contra a ação do legislador (mas também em face da Administração Pública), no intuito de salvaguardar os seus direitos fundamentais consagrados pela Constituição. (SARLET e FENSTERSEIFER, 2010, p. 152-3).

Na visão de Teixeira (2006), esse princípio impõe limites à atuação dos poderes públicos, ao mesmo tempo em que também autoriza a intervenção desses, a fim de obstar o retrocesso, seja através de medidas de polícia administrativa ou de decisões judiciais. Em suma, o direito fundamental ao ambiente é passível de mudanças apenas in mellius e não in pejus.

Nesse ínterim, um ato administrativo com vistas a diminuir consideravelmente a estrutura administrativa responsável pela tutela ecológica estaria violando o princípio da proibição do retrocesso, o que na via reflexa considera-se inconstitucional¹⁷ (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010).

2.3 OS LIMITES DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO FATO CONSUMADO E DOS PRINCÍPIOS QUE O ORIENTAM (ESTABILIDADE DOS FATOS SOCIAIS E SEGURANÇA JURÍDICA) FRENTE AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA HERMENÊUTICA AMBIENTAL (PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE)

No princípio deste capítulo abordou-se sobre a aplicação da teoria do fato consumado, que nada mais é do que vestir de legalidade um ato ilegal que inicialmente teve concedida, ainda que de forma precária, a tutela jurídica e, que por se protrair no tempo - pela lentidão do Poder

¹⁷ Para Sarlet e Fensterseifer (2010, p. 159): “[...] assumindo como correta a tese de que a proibição de retrocesso não pode impedir qualquer tipo de restrição a direitos socioambientais, parte-se aqui da mesma diretriz de que, há muito, tem sido adotada no plano da doutrina especializada, notadamente a noção de que sobre qualquer medida que venha a provocar alguma diminuição nos níveis de proteção (efetividade) dos direitos socioambientais recai a *suspeição de sua ilegitimidade jurídica*. Portanto, na gramática do Estado Constitucional, de sua inconstitucionalidade, acionando assim um dever no sentido de submeter tais medidas a um *rigoroso controle de constitucionalidade*, onde assumem importância os critérios da proporcionalidade (na sua dupla dimensão anteriormente referida), da razoabilidade e do núcleo essencial (com destaque para o conteúdo “existencial”) dos direitos socioambientais, sem prejuízo de outros critérios, como é o da segurança jurídica e dos seus respectivos desdobramentos. Assim, ganha destaque a já retratada noção de que no campo da edição de atos legislativos e administrativos que afetam o âmbito de proteção dos direitos socioambientais, é preciso ter sempre presente que tanto o legislador quanto o administrador encontram-se vinculados as proibições de excesso e de insuficiência de proteção. Portanto, deverão observar as exigências internas da proporcionalidade, quais sejam, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, bem como da razoabilidade, que aqui não serão objeto de aprofundamento, mas que são – juntamente com a segurança jurídica (em especial a proteção da confiança e a tutela dos direitos adquiridos) reconhecidos por expressiva doutrina como indispensáveis também ao controle de medidas restritivas em matéria de direitos socioambientais.”

Judiciário - “*deu causa*” à aplicação - e por que não dizer nascimento desta teoria, que muitas vezes é utilizada por ser mais cômoda.

De fato, não há como questionar que é uma solução bastante simples, evitando-se, assim, muitas vezes, o confrontamento de situações polêmicas, como é a situação de todos os casos que envolvem meio ambiente. Para os que defendem a utilização da teoria *sub judice*, dois são os principais argumentos: a estabilidade dos fatos sociais e a segurança jurídica.

É clarividente que o indivíduo que teve sua liminar concedida na gênese do processo e, pela morosidade do Judiciário, passou anos sem uma decisão transitada em julgado para pôr termo àquela lide, já incorporou à sua vida aquela decisão inicial, que se ratifica, novamente, possui caráter precário. Não se pode olvidar da (in) segurança jurídica do indivíduo que pode ter seu *status* alterado a qualquer tempo, quase que *ad eternum*, pela demora na prestação jurisdicional pelo Estado.

E quando o objeto jurídico a ser tutelado em questão é o meio ambiente? Ele é considerado direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, portanto, cláusula pétrea. Ele é norteado pelos princípios analisados no tópico anterior: precaução, prevenção, reparação integral e, especialmente, pelo de proibição de retrocesso.

Nas palavras de Silva (2008), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável pode ser considerado pressuposto para os demais direitos fundamentais, reconhecendo ao meio ambiente um caráter fundamental para resguardar e promover a dignidade decorrente “da própria condição humana de não poder desenvolver-se nas nuvens. O desenvolvimento humano ocorre ambientalmente.” Em suma, sem um meio ambiente equilibrado e saudável, não haverá vida humana para ser resguardada. Sem dúvida é um conflito de direitos fundamentais.

Para mediar esse embate se traz à baila os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e tolerabilidade – ou tolerância - ambiental. Mister registrar que alguns doutrinadores, como Barroso (1996), utilizam os princípios da proporcionalidade e razoabilidade como se sinônimos fossem. Já outros, dentre os quais Pontes (2000) e Cretton (2001), traçam características diversas.

Neste estudo, lhes será dado tratamento diverso.

2.3.1 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem origem nas teorias jusnaturalistas que surgiu na Inglaterra, nos séculos XVII, XVIII, a qual

pregava ter o homem direitos que lhe eram inerentes muito antes do surgimento da figura do Estado.

De acordo com Guerra Filho (2000), foi Wolzendorff juntamente com Otto Mayer, que criaram o "*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*", princípio da proporcionalidade, segundo o qual vedava ser utilizada força policial além do necessário para a execução de seu fim. Posteriormente, Walter Jellinek, em 1913, utilizou esse princípio aplicado ao direito administrativo, e mais tarde, ao direito constitucional - nesta seara, segundo Cretton (2001), destaca-se o papel exercido pelo Tribunal Constitucional da Alemanha após a Segunda Guerra Mundial, tendo como marco uma decisão relacionada a armazenagem de petróleo, datada de 1971.

Pontes (2000) comenta que esse princípio materializa a supremacia do *interesse* da coletividade - destacando este como sendo o verdadeiro interesse público - sobre o *interesse do Estado*.

O princípio da proporcionalidade visa ponderar dois princípios ou normas que estão em conflito, mas assegurando acima de tudo, o cumprimento e o respeito aos direitos fundamentais postos pela Constituição Federal.

Nos dizeres de Ávila (2005, p. 143), a proporcionalidade deve ser utilizada: "[...] nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Sua aplicabilidade está condicionada á existência de elementos específicos (meio e fim)". (*sic*)

Deve-se entender o fim como o estado desejado das coisas. Pontes (2000, p. 51) leciona:

O conteúdo jurídico-material do princípio da proporcionalidade decorre inelutavelmente do reconhecimento da supremacia hierárquico-normativa da Constituição. A proporcionalidade, como princípio jurídico implícito do Estado de Direito, é uma garantia fundamental para a concretização ótima dos valores consagrados na Constituição. A proporcionalidade é princípio que concretiza o postulado segundo o qual o Direito não se esgota na lei (ato estatal que deve representar a síntese da vontade geral).

Para Cuiabano (2001), o princípio da proporcionalidade deriva do princípio da precaução, pois deste extrai-se a preocupação em evitar a materialização do simples risco de perigo capaz de causar danos ambientais, servindo assim, como "critério de verificação da

arbitrariedade existente ou nas leis ambientais, ou no processo de sua aplicação”.

O autor (2001, p. 322) ainda faz uma importante ressalva:

É preciso entender que a aplicação do princípio da proporcionalidade não vai de encontro ao princípio da legalidade, mas visa fortalecê-lo, amenizando a generalidade fria da lei, que por mais justa que pareça ser é insuficiente para regulamentar e prever, no caso concreto, todos os arbítrios contra as liberdades individuais e coletivas. Ao mesmo tempo, sua aplicação envolve a capacidade dos juízes de refletirem sobre o papel que exercem na realidade social: não mais simples expectadores sempre à espera de uma lei regulamentadora, mas juízes preocupados em construir a justiça do (e no) caso concreto.

Para aplicação da proporcionalidade faz-se necessário preencher três requisitos que lhe são inerentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação tem relação com o meio utilizado para alcançar o fim desejado, o meio escolhido deve ser realmente eficaz.

Ávila (2009) ensina que há espécies distintas de relações possíveis entre os meios disponíveis e o fim a que se objetiva, são os termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos.

O aspecto quantitativo é o que pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro. O qualitativo é o que pode promover pior, igual ou melhor, ao passo que o probabilístico é o meio que pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio a ser escolhido.

A adequação também deve ser analisada sob a ótica de três dimensões: abstração/concretude, generalidade/particularidade e antecedência/posterioridade.

A primeira será considerada adequada se o fim for realizado no caso concreto efetivamente. A segunda será adequada se em grande parte dos casos adotados alcançou-se a realização do fim. A última será adequada se tiver sido bem avaliada e projetada para a efetivação do fim. (ÁVILA, 2009)

No que pertine ao exame da necessidade, esse diz respeito à escolha de medidas alternativas para que se alcance o fim mais benéfico ou menos restrito.

Nesse norte, Ávila (2009, p. 172):

[...] o exame da necessidade envolve a verificação de meios alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.

Segundo Ávila (2009), ainda existem dois requisitos a serem analisados. Inicialmente, verificar se as medidas alternativas promovem o fim e, posteriormente, analisar qual o meio menos restritivo no tocante a possíveis direitos fundamentais que possam vir a ser atingidos.

Outrossim, em caso de utilização do princípio da proporcionalidade por magistrado, este deverá optar pelo meio mais idôneo e justificar sua escolha.

Ainda, a proporcionalidade em sentido estrito propõe analisar se realmente é válida a adoção de determinada medida em razão das restrições que dela advém.

Para tanto, Ávila (2009) traz à baila três questionamentos: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau da restrição causada aos direitos fundamentais? As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?

Todas essas questões necessitam ser avaliadas. Mas sem olvidar e analisá-las em conjunto com as outras ora apresentadas, haja vista que se analisar apenas a proporcionalidade em sentido estrito, esta, certamente, não será capaz de conceder a melhor resposta.

Nos dizeres de Steinmetz (2006, p. 195):

Importante frisar que o princípio da proporcionalidade almeja a aplicação de uma justa medida, objetiva utilizar a melhor alternativa jurídica ofertada. É muito mais do que a busca da melhor resposta legal, mas sim, a mais justa.

2.3.2 Princípio da razoabilidade

Em conformidade com o disposto por Gouvêa (2000) e Cretton (2001), o princípio da razoabilidade tem ligação direta com outro princípio, o do devido processo legal, também conhecida como *due process of law*.

Este princípio é uma das principais fontes da jurisprudência utilizada pela Suprema Corte dos Estados Unidos nos últimos dois séculos, pois historicamente foi acolhido juntamente com o princípio da isonomia (*equal protection*) pela Declarações de Direitos (*Bill of Rights*) por meio das emendas V e XIV.

No Brasil, o princípio do devido processo legal encontra assento legal no artigo 5º, LIV da Constituição Federal de 1988¹⁸. Inicialmente era aplicado somente no âmbito do direito penal, mas hoje já se estendeu tanto para o direito civil, administrativo, tributário e ambiental.

Muito embora o princípio da razoabilidade não esteja expresso na nossa Lei Maior, em sua face processual, a razoabilidade é sim explícita, sendo representada pelo princípio do devido processo legal como demonstrado acima.

O princípio em comento deve ser invocado quando as normas e atitudes estiverem em descompasso com o senso comum.

Ao lecionar sobre o tema, Ávila (2005, p. 112) enfatiza:

A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. Nessas hipóteses, princípios constitucionais subjacentes impõem verticalmente determinada interpretação. Não há, no entanto, nem entrecruzamento horizontal de princípios, nem relação de causalidade entre um meio e um fim. Não há espaço para afirmar que uma ação promove a realização de um estado de coisas.

De acordo com o autor, há três acepções: a razoabilidade como equidade, congruência e equivalência.

A razoabilidade como equidade diz respeito, primeiramente, que a interpretação das normas deve ocorrer com a presunção daquilo que

¹⁸ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

normalmente acontece, em segundo lugar, deve-se interpretar as normas de acordo com as peculiaridades dos aspectos individuais. Segundo Figueiredo (2004, p. 93), “A razoabilidade deve ser aferida segundo os valores do homem médio, em congruência com as posturas normais ou já adotadas pela Administração Pública”.

Para Mello (2004) enuncia-se com este que a Administração, ao atuar no exercício, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

Por fim, vê-se que as regras não são capazes de prever todas as possibilidades, tornando-se muitas vezes omissas, e é este o momento da atuação do princípio da razoabilidade, fazendo o papel de corretivo desta omissão.

Já a razoabilidade como congruência determina que deve haver uma harmonização entre as normas e as condições externas para sua aplicação.

Nesse sentido, Ávila (2009, p. 160):

Não se está, aqui, analisando a relação entre meio e fim, mas entre critério e medida. A eficácia dos princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e o devido processo legal (art. 5º, LIV), soma-se a eficácia do princípio da igualdade (art. 5º, caput), que impede a utilização de critérios distintivos inadequados. Diferenciar sem razão é violar o princípio da igualdade.

A razoabilidade como equivalência diz respeito ao equilíbrio entre a medida adotada e o critério adotado para atingir o fim que se almeja. Um exemplo é o princípio da culpabilidade bastante utilizado no direito penal, que dispõe que a pena deverá ser fixada de acordo com a responsabilidade de cada indivíduo.

Por fim, para que não reste dúvidas sobre a diferença entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, Pontes leciona de modo brilhante:

Todavia, a proporcionalidade não se esgota na razoabilidade. Em outras palavras, a decisão jurídica que atende aos comandos do princípio da proporcionalidade manifesta razoabilidade, mas não se esgota nela. Com efeito, o ato estatal que

atende as exigências do princípio da proporcionalidade apresenta-se razoável e racional, todavia nem sempre um ato razoável (racionalmente aceitável) atende aos deveres impostos pelo princípio constitucional da proporcionalidade.

Ambos os princípios divergem na gênese e no fim, pois ao tempo em que a razoabilidade possui função de não ultrapassar os limites do juridicamente aceitável, a proporcionalidade demarca esses limites e mostra como respeitá-los (CRETTON, 2001).

2.3.3 Princípio da tolerância ou da tolerabilidade ambiental

A fim de criar um ponto de equilíbrio entre os princípios ora apresentados e ainda proporcionar condições para o crescimento e desenvolvimento econômico, é que nasceu o princípio da tolerância ou tolerabilidade ambiental.

Contudo, antes de adentar nessa temática, faz-se necessário trazer à baila a disposição dada pelo artigo 225 da Constituição Federal, do qual se colhe que o meio ambiente é um bem de caráter difuso. Ou seja, ele não tem titularidade, é de todos, é da coletividade, e possui caráter intergeracional - tanto esta geração é sua detentora como as futuras -, e consequentemente, também é de todos o dever de zelar pelo equilíbrio desse bem tão precioso.

Dessa feita, torna-se passível de responsabilização qualquer ação em detrimento do meio ambiente que seja capaz de ensejar o seu desequilíbrio.

O artigo 3º da Lei 6.938/81 traz como meio ambiente "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". Ou seja, o meio ambiente deve ser compreendido como a relação das várias espécies de meio ambiente: o natural, o cultural, o artificial e do trabalho. Não se pode olvidar, entretanto, que os recursos ambientais¹⁹, considerados individualmente, podem ter tratamento diverso do que é dado ao meio ambiente, como ter regulamento jurídico próprio, podendo ser público ou privado.

¹⁹ Lei 6.938/81 – Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[...]

V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Outra diferenciação é no que tange à indisponibilidade dos recursos ambientais, podendo ocorrer de forma total (proibição da caça de animais ameaçados de extinção), restrita (pesca proibida apenas em determinadas épocas) e até mesmo nenhuma (árvores que não são objeto de especial proteção, não estão em área de preservação permanente e que mediante autorização administrativa podem ser suprimidas).

Contudo, independente do regime ao qual o recurso ambiental esteja submetido, seu uso deve ser racional e não pode ser causador de qualquer desequilíbrio ambiental. Certo é que algumas agressões podem atingir um recurso ambiental sem, no entanto, causar tal descompasso ecológico.

Carvalho (2008, p. 102), ao lecionar sobre o que é tolerável ou não pelo meio ambiente, dispõe:

O limiar entre esses conceitos é composto por uma tênue linha-limite denominada pela dogmática jurídica *princípio do limite de tolerabilidade*. A função do referido princípio de direito ambiental é estabelecer os limites fronteiriços e a diferenciação entre os impactos ambientais significativos (danos) e os impactos ambientais irrelevantes (impactos ambientais).

É exatamente nesse ponto que adentramos no princípio da tolerabilidade, o qual parte da premissa de que o meio ambiente possui condições de suportar certo limite de agressões, pois consoante Mirra (2002), nem toda agressão causa prejuízo à qualidade ambiental, haja vista ser o meio ambiente capaz de aguentar pressões adversas, sem que se configure um dano. Mas isso, somente até determinado ponto, além do qual este resultaria configurado.

Importante frisar que a tolerabilidade ambiental não é um sinônimo, ou não significa uma permissão para poluir. De forma alguma! Mas visa, sim, criar um meio termo capaz de unir dois caminhos, aparentemente antagônicos, o desenvolvimento da sociedade e a manutenção dela própria, respeitando um dos principais sustentáculos da vida: um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A ponderação e o equilíbrio entre as atividades desenvolvimentistas feitas pelo homem e a devida manutenção da qualidade ambiental são as razões de haver um limite de tolerabilidade, firmado pela dogmática jurídica (CARVALHO, 2008).

Mister registrar os valiosos ensinamentos de Mirra (2002, p. 104) sobre o tema em questão:

[...] a capacidade de absorção e reciclagem do meio ambiente de que se cogita aqui não pode ser confundida com a capacidade de *regeneração* do meio ambiente. Aquela primeira consiste na aptidão do meio atingido de digerir de certo modo *imediatamente e sem dano* os rejeitos que lhe são submetidos, de resistir às perturbações impostas; a segunda representa a capacidade do meio ambiente de recuperar-se quando é desequilibrado por alguma perturbação, supondo um prejuízo já ocorrido, em que o limite de tolerabilidade foi ultrapassado.

Frutos desse princípio são as diversas limitações feitas pela administração pública, como por exemplo, quando estabelece os níveis máximos de poluentes que podem ser emitidos por fábricas, carros etc, ou ainda, quando permite o lançamento em níveis máximos determinados de efluentes de empresas, que após passar pelo devido tratamento físico-químico torna-se apto a retornar ao rio sem causar nenhum prejuízo a este.

Neste ínterim, não há que se falar em dano ambiental, pois não houve qualquer desequilíbrio, haja vista que os níveis de tolerância ambiental estão sendo respeitados. Inegável é a dificuldade de se encontrar e determinar quais são esses pontos máximos de tolerância, sobre o que se manifestou Loubet (2011, p. 18):

Não se desconhece ser extremamente complexo conhecer, estabelecer, encontrar ou avaliar esse limite de tolerabilidade. Contudo, o ele deve ser avaliado caso a caso, pautando-se principalmente pelo equilíbrio entre os recursos ambientais, pois, uma vez rompido este, com certeza houve violação à tolerabilidade ambiental. [...] Além da análise caso a caso, é necessário reconhecer que a matéria dá margem a discricionariedade de interpretação, razão pela qual merece ser delineada também por outros princípios de fundamento constitucional, para que se chegue ao fim buscado pela Carta Magna: a proteção ao meio ambiente.

Os princípios auxiliares ao da tolerabilidade são o do desenvolvimento sustentável - que objetiva, resumidamente,

desenvolver a livre iniciativa sem olvidar do respeito às regras ambientais -, da prevenção e precaução – apresentadas no início deste tópico.

Por fim, no que tange à indenização e responsabilização civil, as agressões ao meio ambiente somente darão ensejo a elas a partir do momento que extrapolarem os limites ambientais. Elas dão, assim, causa à caracterização do dano ambiental, independente de as atividades que deram ensejo a essa situação possuírem licença ambiental ou qualquer outro tipo de ato autorizativo emitido pela administração pública.

Partindo das questões acima elencadas, no próximo capítulo as reflexões terão como foco o fato consumado em matéria ambiental nos tribunais brasileiros.

3 O FATO CONSUMADO EM MATÉRIA AMBIENTAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

O presente capítulo destina-se a apresentar o atual estágio de aplicação da teoria do fato consumado pelos tribunais, quando em decisões relacionadas ao meio ambiente.

No tocante à questão metodológica, os seguintes tribunais foram eleitos: Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais da 4ª. e 5ª. Regiões, Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Num primeiro momento, será feito um breve histórico da aplicação da teoria do fato consumado nos tribunais pela jurisprudência brasileira. A seguir serão apresentadas as decisões favoráveis à aplicação da teoria do fato consumado e, em seguida, as contrárias.

3.1 A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Consoante o disposto no capítulo anterior, segundo Ferreira (2002, p. 41), fato consumado é: “o argumento judicial utilizado para validar, em sentenças, as atividades ilegais protegidas por liminares, tão-somente porque o beneficiário delas já praticou o ato que lhe interessava, quando chegou o momento de decidir a causa”.

No que concerne à recepção da teoria em estudo pelos tribunais superiores brasileiros, é necessário fazer um breve apanhado histórico. Primeiramente, é importante recordar que até a década de 1960, o TFR - Tribunal Federal de Recursos - era o órgão recursal da Justiça Federal, quando foi extinto.

Esse tribunal acolheu em inúmeras decisões a teoria do fato consumado, mas uma peculiaridade marca os julgados do TFR, qual seja a eliminação de dois requisitos: a existência de dúvida objetiva e a excepcionalidade. Tal fato acabou por banalizar a utilização do fato consumado como razão de decidir. Num contraponto, este tribunal de recursos criou um requisito: a manutenção da situação ilegal permitida pela liminar não deveria prejudicar terceiros (FERREIRA, 2002).

Já no que diz respeito ao STJ – Superior Tribunal de Justiça -, este assumiu plenamente o entendimento sobre a aplicação da teoria do fato consumado utilizada pelo TFR. O fato justifica-se pela migração de 27 ministros do antigo órgão recursal para o STJ – que atualmente conta com 33 ministros. Por óbvio, o entendimento foi mantido.

Visando suprir a demanda deixada pelo TFR, foram criados cinco TRF's - Tribunais Regionais Federais -, que foram ocupados por magistrados de 1ª instância. Uma vez que esses juízes tinham suas decisões submetidas ao TFR – que era o seu órgão recursal -, e por este motivo aplicavam a teoria do fato consumado em consonância com o TFR, eles acabavam mantendo o entendimento.

Três TRF's (Recife, Rio de Janeiro e Brasília) ainda seguem a linha deixada pelo TFR, por vezes ampliando ainda mais a aplicação do tema, ao passo que os outros dois (São Paulo e Porto Alegre) apresentam uma aplicação mais restritiva. De modo geral, no cenário federal, vê-se que praticamente inexistente pré-conceito na aplicação da teoria do fato consumado (FERREIRA, 2002).

Após esse breve relato, passa-se à análise das decisões dos Tribunais acima, dividindo-as em dois grupos: as que acolhem a teoria do fato consumado em matéria ambiental e as contrárias à adoção de tal teoria.

3.2 DECISÕES FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO EM MATÉRIA AMBIENTAL

Na pesquisa jurisprudencial realizada para a elaboração do presente trabalho, foram escolhidas sete decisões favoráveis à adoção da teoria do fato consumado em casos envolvendo o meio ambiente. Elas serão explicitadas e analisadas nas subseções a seguir.

3.2.1 Agravo de instrumento nº. 200604000328214 do TRF 4ª. região – www.jf.sc.gov.br

A decisão ora em comento tem por objeto o processo n. 200604000328214 – Relator – Valdemar Capeletti - TRF 4ª. Região - 4ª Turma, em 26/05/2008. O julgamento, por maioria, vencido o Relator, dá parcial provimento ao agravo de instrumento.

A presente ação trata-se de uma ação civil pública, que tem por objeto a construção de empreendimento hoteleiro de grandes proporções em área de preservação permanente, segundo o Código Florestal, artigos 2º e 3º. 5. Tratando-se de área em que a lei impõe restrições à sua utilização - zona costeira -, necessitando do devido licenciamento pelo Ibama, inexistente no presente caso. Observa-se que licenciamentos antigos, dados pelo extinto IBDF, de 1980, não podem amparar empreendimentos para construção na presente data. Havendo incerteza, o princípio da precaução propõe justamente inverter esse raciocínio,

precaver-se contra a incerteza. Presentes os requisitos ensejadores, o *fumus boni juris*, a relevância da tese discutida, qual seja ausência de licenciamento do Ibama em construções de grande porte em zona costeira, área de preservação permanente. O *periculum* é o fato consumado que está se consolidando com a continuidade da obra.

A presente decisão teve por fundamento o princípio da precaução. Consta do acórdão em apreço que havia incerteza dos danos tanto para deferir como para indeferir a liminar. Presentes na demanda os requisitos ensejadores, o *fumus boni juris*, a relevância da tese discutida, qual seja, ausência de licenciamento do Ibama em construções de grande porte em zona costeira, área de preservação permanente. O *periculum* é o fato consumado que está se consolidando com a continuidade da obra.

As questões ambientais em litígio não se mostraram fortes ao deferimento de liminar para paralisar o empreendimento, dado que a região já se mostra nitidamente antropizada, sendo abusivo se exigir que uma mera fração apresente rigores protecionistas, quando todo o entorno se mostra desnaturado.

Frente a esse quadro, a decisão foi no sentido de pensar, no momento, na possibilidade de interdição das obras de subsolo, e mesmo na readequação do projeto nesse sentido, se isso for um dano ambiental a se confirmar no curso da ação civil. Todavia, a paralisação da obra, no curso em que estava, não foi deferida, em razão de possível prejuízo irreversível aos agravados. Pelo lado da questão ambiental, observando o princípio da precaução, os jogadores argumentaram que o dano já ocorreu, pelos atos da agravada de rebaixamento do lençol freático e pela diminuição de alimentação do aquífero, como, também, pelas drenagens do entorno e respectiva ocupação consolidada.

A decisão da questão em litígio foi no sentido de acautelamento em dois aspectos: o oferecimento de garantias pecuniárias para uma eventual compensação ambiental e a paralisação de eventuais novas comercializações do empreendimento, possibilitando, se necessário, a readequação da ocupação do subsolo.

3.2.2 Embargos infringentes nº. 20058400001585402 do TRF 5ª. Região – www.trf5.jus.br

A decisão ora em questão tem por objeto o processo n. 20058400001585402 – Relator – Francisco Cavalcanti - TRF 5ª. Região. O julgamento, por maioria, vencido o Relator, deu parcial provimento aos embargos infringentes.

O presente julgado trata de ação civil pública ajuizada com vistas à invalidação de licenças ambientais e à condenação dos réus à cessação de atividades degradantes do meio ambiente e à recuperação das áreas agredidas.

A ação tem por objeto da discussão: licenciamento ambiental de empreendimento imobiliário (implantação de partido urbanístico em área de cerca de 15 ha, com parcelamento do solo em glebas, compondo condomínio residencial fechado equipado) na região de Lagoinha, em Ponta Negra/RN, concedido por órgão municipal.

O argumento da parte de que as obras já teriam sido concluídas e entregues não induz à conclusão pelo acolhimento da tese do fato consumado. Primeiro, porque é viável, embora demorada e exigente de cuidados, a recuperação do ambiente eventualmente ofendido. Segundo, em vista da peculiaridade do caso concreto, já que o MP/RN, a construtora ré e a imobiliária responsável pela comercialização dos lotes firmaram, desde 2006, termo de ajustamento de conduta, no sentido de que nos contratos de compra e venda dos imóveis constaria cláusula informando sobre a existência da Ação Civil Pública nº 2005.84.00.001585-49.

A área do empreendimento é caracterizada como de tabuleiro costeiro com intercalação de cordões dunares; apenas como de tabuleiro costeiro, sem qualquer expressão dunar; com suas nuances ambientais, passível de sujeição a projetos imobiliários, resguardando, em contrapartida, as subzonas de cordões de dunas e de lagoas e dunas, essas últimas realmente identificadas pela capacidade de recepção e infiltração das águas excedentes, evitando alagamentos e permitindo a recarga do lençol freático ou aquífero subterrâneo, influenciando na quantidade e na qualidade da água disponibilizada à população de Natal.

Ao separar as áreas, identificando as merecedoras de proteção, por sua nítida função ambiental, bem como as que permitem o uso imobiliário, exatamente por não revelarem expressão ambiental impositiva do regramento destinado às áreas de preservação permanente, o Município exercitou, dentro dos preceitos de razoabilidade e proporcionalidade, sua competência para realizar o seu ordenamento territorial. Foi feito planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, da CF/88), sem violar as regras e os princípios ambientais que têm base, também, na CF/88 e no poder normativo atribuído aos demais entes da Federação. A área em que está situado o empreendimento não tem feição de "área de preservação permanente": a) seja porque não é de duna, mas de tabuleiro costeiro trespassado por alguns cordões dunares; b) seja porque não há

lei, federal, estadual ou municipal, que assim a qualifique; c) seja porque já descaracterizada, em grande parte, em seu alegado pendor ambiental, pelo antigo e intenso processo de urbanização.

O Código Florestal conceitua área de preservação permanente como “a área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas” (art. 1º, § 2º, II).

No caso em litígio, consideradas as especificidades da área - especialmente, repita-se, a materialização como tabuleiro costeiro, a forte urbanização a que sujeita há muito e a insustentável justificativa de proteção dos aquíferos - tem-se que a repercussão ambiental terá expressão local, do que se extrai a competência municipal para autorizar a implementação do empreendimento.

A decisão foi tomada com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, acolhendo a competência do Município para autorizar o empreendimento e a manutenção da obra, eis que possuidora da mencionada autorização.

3.2.3 Apelação cível nº. 70026151829 do TJRS – www.tjrs.jus.br

A decisão ora em litígio tem por objeto o processo n. 70026151829 - Relator - Jorge Maraschin dos Santos - TJRS - Primeira Câmara Cível. O julgamento, pelo provimento do recurso.

O presente julgado trata de ação ordinária ajuizada por integrantes de uma comunidade de pescadores que vivem, com suas famílias, há mais de quarenta anos na localidade chamada Pontal da Barra, na Praia do Laranjal, município de Pelotas, com objetivo de ser instalada na comunidade a energia elétrica sem o estudo prévio de impacto ambiental exigido por lei. Alegam os autores que o estudo prévio de impacto ambiental deveria ter ocorrido antes da instalação da comunidade, pois esta atividade implicou significativa degradação ambiental, já que atingiu área de praia até então inexplorada.

Continuando, aduzem que não cabe agora a necessidade de estudo prévio de impacto ambiental servir de óbice para simples extensão de rede elétrica à localidade, uma vez que tal procedimento não possui nem de perto a representatividade lesiva ao meio ambiente ocasionada pelo início da exploração da área.

Na presente ação, a sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido dos autores de instalação de energia elétrica. O

magistrado de primeiro grau conclui que o projeto de eletrificação, nos moldes do artigo 225, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal, dependia de prévio licenciamento ambiental e estudo de impacto ambiental, o que não ocorreu. Por outro lado, assevera que o artigo 3º, inciso II, aliena d, da Resolução nº 456/2000 da ANEEL, impõe à CEEE o dever de comunicar ao interessado a necessidade de apresentação de licença ambiental, obrigação cumprida pela requerida, conforme documentos acostados (fl. 61). Prossegue, referindo que, entretanto, conforme indicado no ofício da folha 130, não foi solicitada pelos autores autorização para instalação de rede de energia. Assim, atesta que não se pode impor à companhia requerida a disponibilização do serviço, uma vez que os autores não atendem aos requisitos legais. Irresignados, os autores apelaram, postulando a instalação de energia elétrica para sua comunidade sem a necessidade de anuência da FEPAM, ressalvadas posteriores providências de ordem técnica. Fundamentam seu pedido diante do direito à cidadania de verem instalada a energia elétrica, a fim de possibilitar levantes de água para irrigação de lavouras de arroz.

No segundo grau, o apelo foi provido em razão dos autores serem integrantes de uma comunidade de pescadores que vivem, com suas famílias, há mais de quarenta anos na localidade chamada Pontal da Barra na Praia do Laranjal no Município de Pelotas. O reconhecimento da ocupação da área constitui fato consumado, já que a situação de ilegalidade quando da instalação restou consolidada pelo tempo e pela omissão da Administração Pública. Portanto, não há qualquer irregularidade na ocupação da área que possa servir de empecilho para instalação de rede elétrica.

Pela decisão, se a administração pública ficou inerte, quando da ocupação da área pelos recorrentes, por quarenta anos, sem apresentação de qualquer licença ambiental para verificação do impacto ambiental, a situação está consumada, não podendo ser negada a ligação de energia elétrica sob o argumento de inexistência da referida licença.

Argumentam os Desembargadores que a ligação de energia elétrica será um dano pequeno frente ao dano ambiental ocasionado pela ocupação irregular de área de praia até então inexplorada. E que não cabe agora a necessidade de estudo prévio de impacto ambiental servir de óbice para simples extensão de rede elétrica à localidade, uma vez que tal procedimento não possui nem de perto a representatividade lesiva ao meio ambiente ocasionada pelo início da exploração da área.

Também, prosseguem os Desembargadores, o fornecimento de energia elétrica à colônia de pescadores do Pontal da Barra constitui medida indispensável à efetivação dos direitos sociais, já que a

concessão desse serviço essencial repercute diretamente na moradia, saúde, lazer, trabalho e alimentação de seus moradores. Esses direitos sociais elencados, constitucionalmente previstos no artigo 6º, devem estar inseridos no conceito de mínimo existencial, sob pena de afronta ao fundamento da dignidade da pessoa humana, circunstância que impõe ao Judiciário uma atuação efetiva como forma de resguardar o direito subjetivo decorrente da aplicação da norma constitucional.

A decisão contrária ao meio ambiente devido à situação consolidada há mais de quarenta anos, violou o princípio da legalidade. Não preencheram, os autores, os requisitos legais para deferimento do pedido na via administrativa. Em consequência, na via judicial, igualmente, o pedido improcede. A decisão favorável ao meio ambiente iria exigir do poder público o realojamento das famílias em outro local onde fosse possível a ligação de energia elétrica dentro das exigências legais.

Cumprе ressaltar que o meio ambiente, com a desocupação da área em litígio, independente do tempo, é recuperável, enquanto que a permanência da ocupação das famílias irá agravar ainda mais o dano ao meio ambiente.

3.2.4 Apelação cível nº. 2010.067830-9 do TJSC – www.tjsc.gov.br

A decisão em discussão trata-se do processo n. 2010.067830-9, de São Bento do Sul - Relator: Des. Luiz César Medeiros. O recurso foi improvido.

A presente ação, movida pelo Município de São Bento do Sul, objetiva a demolição de construção com infração ao Código Florestal, mas sem quebra da ordem jurídica, uma vez que este é aplicável na área rural e a Lei de Parcelamento do Solo Urbano no perímetro das cidades, conforme autorizado pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 4.771/1965.

A lei que trata do uso do solo nas áreas urbanas assinala diferenças em relação ao Código Florestal, mas sem quebra da ordem jurídica, uma vez que este é aplicável na área rural e a Lei de Parcelamento do Solo Urbano no perímetro das cidades, conforme autorizado pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 4.771/1965.

Em razão do disposto na Constituição Federal (art. 24) e no Código Florestal (art. 2º, parágrafo único), não se verifica incompatibilidade de normas, nem a necessidade de declaração de inconstitucionalidade para que se aplique a Lei n. 6.766/1979 na área urbana.

No caso concreto, porém, são inaplicáveis as limitações previstas nas Leis ns. 4.771/1965 e 6.766/1979, por se tratar de região bastante povoada e edificada, sob a qual, inclusive, no interesse da coletividade e a fim de possibilitar o desenvolvimento urbano, foi construída galeria por onde hoje flui o Rio São Bento.

Em virtude da manutenção da ordem jurídica, e levando em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como a teoria do fato consumado, a construção foi mantida e o recurso improvido.

3.2.5 Apelação cível nº. 2008.070130-2 do TJSC– www.tjsc.gov.br

A decisão em evidência trata-se do processo n. 2008.070130-2 de Videira - Relator João Henrique Blasi. Na presente ação civil pública objetiva-se a demolição de construção prejudicial ao meio ambiente, eis que construída à margem do rio do Peixe, causando danos à mata ciliar.

No fundamento da decisão, o tribunal entendeu que o fato do Poder Público Municipal se omitir ou retardar o cumprimento de seu dever de impedir ou desfazer a edificação em área de preservação ambiental configuraria em tese a responsabilidade solidária na reparação dos danos ambientais.

O mérito foi julgado no sentido de que a demolição não causaria nenhum resultado positivo ao meio ambiente. Levando em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como a teoria do fato consumado, a construção foi mantida, convertendo a obrigação de fazer (demolição) em obrigação de dar (indenizar) o prejuízo no valor equivalente à demolição do prédio, devendo o numerário ser aplicado na recuperação da mata ciliar.

Tem-se que o meio ambiente, realmente, levaria muito tempo para a recuperação da mata ciliar. Contudo, a recomposição da mata ciliar, no caso em litígio, é resultado positivo para o meio ambiente. Observa-se que não há prova técnica da possibilidade de recuperação do dano em questão, bem como do seu resultado positivo ou negativo. A decisão foi baseada em conclusões desprovidas de laudos técnicos necessários para amparar o julgamento.

Ressalta-se que o julgador poderá pedir, a qualquer momento, a produção de prova se necessário para o seu convencimento.

3.2.6 Apelação cível nº. 2008.020378-9 do TJSC– www.tjsc.gov.br

A decisão, objeto da apelação n. 2008.020378-9, de Videira. Relatora Sônia Maria Schmitz, foi provida tendo por acolhimento a teoria do fato consumado. O julgado em apreço trata de demolição de construção prejudicial ao meio ambiente, eis que construída à margem de rio, sem observância do distanciamento exigido pelo Código Florestal, causando danos à mata ciliar.

A decisão foi no sentido de que, em virtude da demolição, nenhum resultado positivo poderia ser causado ao meio ambiente. Levando em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como a teoria do fato consumado, a construção foi mantida, convertendo a obrigação de fazer (demolição) em obrigação de dar (indenizar) o prejuízo no valor equivalente a demolição do prédio e o numerário deverá ser aplicado na recuperação da mata ciliar.

Novamente, em iguais condições ao julgamento acima, tem-se que o julgamento foi desprovido de provas técnicas, necessárias ao embasamento de uma decisão, principalmente quando se tem em mãos o destino das presentes e futuras gerações. Entretanto, o julgador não deve prescindir da produção de prova em qualquer fase processual quando a mesma é importante para o deslinde da questão.

3.2.7 Embargos infringentes nº. 2004.022725-6 do TJSC - www.tjsc.gov.br

A decisão em questão tem por objeto o processo n. 2004.022725-6, de Joaçaba. Relator designado: Des. Newton Trisotto.

O presente recurso de Embargos Infringentes tem por objeto a reforma de decisão de primeiro grau para evitar a demolição de construção prejudicial ao meio ambiente, eis que construída à margem de rio, causando danos à mata ciliar.

A decisão foi prolatada no sentido de que não há razão de direito que justifique a demolição de prédio destinado à exploração de supermercado tão-somente por não ter sido respeitada a distância da margem de rio prevista no artigo 2º do Código Florestal (lei 4.771/65), se: a) foi edificado com licença do município, observada a sua legislação, e em local onde já havia outra construção; b) do total da área tida como de preservação permanente (1.320 m²) apenas foram invadidos 44 m²; c) não havia mata ciliar a ser preservada.

Os julgadores ampararam a decisão no fundamento de que se, em virtude da demolição, nenhum resultado positivo poderia ser causado ao

meio ambiente e, levando em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como a teoria do fato consumado, a construção deve ser mantida, convertendo a obrigação de fazer (demolição) em obrigação de dar (indenizar) o prejuízo no valor equivalente a demolição do prédio e o numerário deverá ser aplicado na recuperação da mata ciliar.

A Decisão se mostra, assim, contrária ao meio ambiente e a favor da teoria do fato consumado. Mais uma vez, observam-se decisões sem o amparo de prova técnica para justificar o posicionamento. Como dito acima, nas questões de recuperação da mata ciliar esta é possível, apesar do tempo. Não é possível, considerar uma construção acima dos direitos de um direito de uma coletividade inteira. Por isso, a seguir, analisaremos decisões contrárias à aplicação da teoria do fato consumado.

3.3 DECISÕES CONTRÁRIAS À APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO EM MATÉRIA AMBIENTAL

Parte-se, agora, para a análise de 12 decisões contrárias à adoção da teoria do fato consumado em questões envolvendo o meio ambiente.

3.3.1 Recurso especial nº. 769.753-SC – www.stj.gov.br

Como primeira decisão contrária à aplicação da teoria do fato consumado, tem-se o recurso especial n. 769.753 - SC, sendo relator o Ministro Herman Benjamin.

O presente litígio trata de Ação Civil Pública proposta pela União com a finalidade de responsabilizar o Município de Porto Belo, Estado de Santa Catarina, e o ocupante de terreno de marinha e promontório (cabo formado de rochas elevadas ou alcantis), por construção irregular de hotel de três pavimentos com aproximadamente 30 apartamentos. Tem-se por objetivo na ação: a) anular a licença municipal de construção; e b) determinar a demolição da obra, ante à lesividade ao patrimônio público federal e ao meio ambiente. O Juízo monocrático julgou improcedente a demanda.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região reformou a sentença sob a fundamentação de que o empreendimento está localizado em área de promontório, considerada de preservação permanente (lei estadual e municipal), não sendo possível a construção. A licença concedida pela FATMA é nula, visto que não respeita a legislação vigente.

Com base no princípio da prevenção, necessária a avaliação prévia ambiental, o desenvolvimento econômico deve respeitar o equilíbrio ecológico, pois trata-se de um bem de interesse transindividual, garantido constitucionalmente a todos, estando acima de interesses privados.

A decisão a favor do meio ambiente decretou nula a licença municipal de construção, emitida em contrariedade à legislação vigente, e determinou a demolição da obra, ante à lesividade ao patrimônio público federal e ao meio ambiente.

Como se observa, a decisão não acata a tese do fato consumado e favorece o meio ambiente bem como a geração presente e aquelas que ainda não nasceram

3.3.2 Mandado de segurança nº. 200501858123 do STJ - www.stj.gov.br

A segunda decisão colacionada que não admite a teoria do fato consumado é um Mandado de Segurança sob n. 200501858123, julgado no Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, em 07/05/2007.

No *mandamus* em apreço a impetrante Brasnort Administração de Imóveis e Colonização Ltda. requer segurança contra ato da Ministra de Estado do Meio Ambiente, praticado no bojo das ações governamentais idealizadas com o objetivo de promover o desenvolvimento sustentado da Região Amazônica, tendente a incluir áreas rurais de sua propriedade nos limites da Floresta Nacional do Amaná, em vias de ser criada.

O objeto da ação consiste, em síntese, em impedir a criação da Floresta Nacional do Amaná, ao argumento de que não teriam sido observados pelo Ministério do Meio Ambiente os procedimentos legais destinados a assegurar os direitos dos proprietários de terras particulares incluídas no projeto.

Na decisão, foi levado em conta que:

1. Em se tratando de mandado de segurança, a prova do direito líquido e certo deve ser manifesta, pré-constituída, apta, assim, a favorecer, de pronto, o exame da pretensão deduzida em juízo.

2. Evidencia-se a perda de objeto da ação mandamental, se a criação da unidade de conservação ambiental que o impetrante visa a obstar torna-se fato consumado.

3. Processo extinto sem resolução de mérito.

O fato consumado neste julgamento ocorreu a favor do meio ambiente constatando-se, conforme consta do acórdão em anexo, que a

criação da área de preservação ambiental, em litígio, já é fato consumado, de acordo com o Decreto publicado em 13 de fevereiro de 2006.

O processo foi extinto, sem resolução de mérito ante à inadequabilidade e inidoneidade da via mandamental. Entretanto, no julgamento, não há apreciação do mérito, o que possibilita novamente a discussão do direito na via judicial.

3.3.3 Remessa *ex officio* em ação cível nº. 200285000027419 do TRF 5ª Região - www.trf5.jus.br

Na sequência tem-se a decisão no processo sob n. 200285000027419, da Relatoria do Desembargador Federal Francisco Cavalcanti do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, que igualmente decidiu contrário à teoria do fato consumado.

No presente feito, conforme consta do acórdão, busca o autor o cancelamento da decisão do DNPM que não autorizou novo registro de licença para extração de areia e cascalho. Ressalta que foi expedida pelo DNPM, em 08.08.2001, autorização para extração de areia e cascalho com validade até 09 de julho de 2002, com obrigação de apresentação de licença ambiental dentro de 180 dias (contados a partir da expedição). A exploração dos recursos minerais ficou condicionada ao licenciamento pelos órgãos ambientais competentes.

O autor não atendeu o prazo e houve pronunciamento do DNPM no sentido do cancelamento da autorização, em função do descumprimento do prazo para a juntada do documento ambiental.

Na sentença datada de 30 de outubro de 2003, reconheceu-se o fato consumado, tendo em conta que a autorização de registro de licença vigorara somente até 09 de julho de 2002, quando, então, se dera a extinção da relação jurídica automaticamente.

O julgamento acolheu o fundamento de que a falta de licença ambiental por parte do recorrente autorizava o cancelamento do registro de licença do mesmo para extração de areia e cascalho, favorecendo o meio ambiente.

3.3.4 Apelação cível nº. 70038459277 do TJRS - www.tjrs.jus.br

A decisão seguinte refere-se à apelação cível em ação civil pública sob n. 70038459277 da primeira câmara civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que é relator Luiz Felipe Silveira Defini, e foi proferida em 01 de dezembro de 2010.

A ação civil pública, movida pelo Ministério Público, fora julgada procedente no primeiro grau, condenando o município de Viamão a:

1) realizar levantamento topográfico para demarcar a localização do curso d'água e estudo para delimitar as margens e áreas de inundação em toda a área situada nas proximidades da Rua Cantegril, Vila Querência, em Viamão – RS;

2) retirar integralmente (mediante demolição e limpeza integral do local) todas as construções localizadas na área acima referida e providenciar a realocação de todos os moradores em outra área que não esteja em situação de ilegalidade e de risco, tudo num prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00, a qual será revertida em favor do Fundo Municipal do Meio Ambiente de Viamão;

3) reparar integralmente os danos ambientais, devendo providenciar elaboração e execução de projeto de recuperação ambiental e despoluição do curso d'água;

4) não permitir que sejam levantadas novas edificações nas áreas de preservação permanente e de risco, tampouco que sejam ampliadas as construções já existentes, fiscalizando o local mesmo antes da remoção das famílias e colocando seis placas para informar a população sobre as condições da área, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) em caso de descumprimento, a qual será revertida em favor do Fundo Municipal do Meio Ambiente de Viamão; e

5) realizar, após a remoção dos ocupantes, um mínimo de duas vistorias semestrais nas áreas, cujos relatórios deverão ser assinados por responsável técnico, pelo Diretor do Departamento Municipal do Meio Ambiente, pelo Titular da respectiva Secretaria Municipal e pelo Prefeito Municipal.

Inconformado, o Município de Viamão recorreu da sentença, e em suas razões de apelo sustenta que: a) nos atos do Poder Executivo, deve ser respeitada sua autonomia no que tange à sua discricionariedade, conveniência e oportunidade de agir ou de deixar de agir; b) a multa diária agrava as finanças públicas e cria mais um ônus a ser suportado por toda a sociedade sem atingir a efetividade desejada.

Nas suas razões, verifica-se que o apelante não impugna quaisquer das irregularidades ambientais identificadas pelo Ministério Público, restringindo-se a sustentar apenas a impossibilidade de o Poder Judiciário determinar-lhe a execução das medidas pleiteadas na inicial, em face do princípio da repartição e independência dos poderes, bem

como a inviabilidade de fixação de *astreintes* para compelir a realização das referidas medidas.

No julgamento do acórdão, não foi acolhida a teoria do fato consumado, eis que o apelante não se insurgiu contra o mérito da condenação.

3.3.5 Agravo de instrumento nº. 0141822-02.2008.8.26.0000 do TJSP - www.tjsp.jus.br

A decisão em comento refere-se ao agravo de instrumento sob n. 0141822-02.2008.8.26.0000, julgado em 26/03/2009, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo relatora Regina Capistrano.

Verifica-se nessa decisão que o autor ingressou, no primeiro grau, com ação ordinária, requerendo pedido de tutela antecipada para proceder desmatamento de área que discriminou, enquanto tramita o processo. O Juízo de primeiro grau negou a tutela antecipada. O agravante impetrou agravo de instrumento para obter a concessão da tutela antecipada negada. O Tribunal de Justiça manteve a negativa de primeiro grau porque para concessão da medida demanda a produção de provas o que não é possível produzir em agravo de instrumento.

Asseverou o Tribunal que, em caso de concessão, poderia se caracterizar o fato consumado e a impossibilidade de reversão da medida.

Na presente decisão houve observância dos princípios da prevenção e da razoabilidade, posto que o acolhimento do recurso daria ensejo, no futuro, à aplicação da teoria do fato consumado. Também, o julgador menciona a necessidade de ampla produção de provas e, como observado em decisões acima transcritas, a prova técnica é muitas vezes imprescindível a dar suporte ao julgamento. O julgador, seja em que fase estiver do julgamento, se as provas que podem amparar a decisão não foram produzidas, deve solicitá-las para enriquecimento das sentenças bem como para dar suporte aos tribunais superiores quando da apreciação dos recursos.

3.3.6 Apelação cível nº. 9213818-09.2005.8.26.0000 do TJSP - www.tjsp.jus.br

A decisão em questão refere-se à apelação cível sob n. 9213818-09.2005.8.26.0000, julgado em 26/03/2009, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo relator Renato Nalini.

O Ministério Público ingressou com ação civil pública ambiental, alegando que há grave violação dos preceitos constitucionais e infra-constitucionais no aterro de mangue e construção de estacionamento efetivado pelo recorrido, requerendo sua demolição. A ação em primeiro grau não acatou o pedido de demolição do Ministério Público, razão pela qual foi interposto recurso de apelação.

O Ministério Público, em sede de recurso, renova seu pedido de demolição da construção em litígio. O recorrido, por sua vez, insurgiu-se alegando que a degradação teve início há muito tempo e que a empresa ré já está utilizando a área degradada. Também, assevera o recorrido que outras pessoas estão degradando mais o meio ambiente do que a situação dos autos.

O apelo foi provido determinando a demolição e, no voto, o relator constou que o fato de outras pessoas estarem degradando mais o meio ambiente do que a área em litígio “um erro não justifica outro. Está superada a nefasta orientação do fato consumado, responsável pela perpetuação de gravíssimas lesões perpetradas contra a natureza no Brasil.”

Decisões como essa começam a pipocar em inúmeros tribunais e podem amparar outros julgados. Denota-se uma tomada de consciência de agora em diante, não importando o passado. Não é possível continuar prejudicando o meio ambiente com amparo em decisões errôneas ou diante de uma inércia. O que importa é que hoje, com o conhecimento dos efeitos da degradação ambiental, não é possível o poder judiciário, ao ser acionado, manter-se inerte ou preso ao passado.

3.3.7 Apelação cível nº. 0066006-87.2003.8.26.0000 do TJSP - www.tjsp.jus.br

A decisão que ora se discute refere-se à apelação sob n. 0066006-87.2003.8.26.0000, tendo como relator Renato Nalini, julgado em 18 de dezembro de 2008, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Trata-se ação civil pública ambiental contra a edificação em área de preservação permanente com infração ao art. 2º. do Código de Florestas e art. 225 da CF. A área em litígio é de preservação permanente, sendo inviável a ocupação a qualquer título, eis que destinada por lei para mata nativa.

A tese defensiva do fato consumado não foi bastante para seu acolhimento. A função social da propriedade significa a sua submissão à vocação ambiental, prevista em lei, com vista à proteção da vida das gerações do porvir, em detrimento do interesse do proprietário, ainda

que legítimo. A demolição foi acatada como alternativa à incogitável ocupação.

Importante no julgado a preocupação do julgador com as futuras gerações. A decisão demonstra um preparo do relator nas questões ambientais, situação crescente nos diversos tribunais do país.

3.3.8 Apelação cível nº. 9065682-75.2002.8.26.0000 do TJSP - www.tjsp.jus.br

A decisão em referência trata-se de apelação em ação demolitória sob n. 9065682-75.2002.8.26.0000, sendo relator Renato Nalini, julgado em 11 de dezembro de 2008, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Foi proposta ação demolitória contra a edificação por invasores em área municipal de uso comum do povo, julgada procedente em primeiro grau. Os recorrentes se insurgem contra a decisão que acatou a demolição. O Relator menciona a existência nos autos de laudo minucioso comprovando a ocupação de área de uso comum do povo por particular.

Impossibilidade de transigência em razão do bem coletivo, de todos. O apelo dos recorrentes traz à discussão o fato consumado. Entretanto, ele não foi aceito. A demolição foi acatada como única possibilidade de resgatar a tutela ambiental vulnerada por densa ocupação em áreas de intensa especulação.

Nesse julgado, o interesse comum de sobrepôs ao interesse privado, situações que se observa com frequência nos atuais julgados. O direito comum do povo das presentes e futuras gerações, demonstrado por minucioso laudo técnico, não pode ser passível de transigência.

3.3.9 Apelação cível nº. 9159124-90.2005.8.26.0000 do TJSP - www.tjsp.jus.br

A decisão em comento refere-se à apelação sob n. 9159124-90.2005.8.26.0000, julgado em 27 de março de 2007, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo relator Samuel Junior.

Na ação civil pública ambiental em comento, discute-se a recuperação de área de preservação permanente, em função de invasão de área de uso comum por terceiro. Verifica-se que o Tribunal entende pelo respeito às metragens legalmente estabelecidas e pela impossibilidade de transigência em razão do bem coletivo, de todos.

O apelo do recorrente traz à discussão o fato consumado. E, alternativamente, o pedido de indenização da área invadida. Entretanto,

o fato consumado não foi aceito, nem mesmo a possibilidade de indenização pela área de preservação permanente indevidamente ocupada em matéria ambiental eis que se trata de bem de uso comum do povo.

A parte alegou que as construções foram efetivadas há muito tempo. Entretanto, esse argumento foi rechaçado sob o fundamento de que a propriedade privada não se sobrepõe ao interesse comum.

É preciso ressaltar que o direito ambiental, quando atinge a coletividade, é considerado direito fundamental e, portanto, imprescritível.

3.3.10 Apelação cível nº. 0000994-34.2008.8.19.0037 do TJRJ - www.tjrj.jus.br

A decisão em litígio trata-se de apelação em ação civil pública sob n. 0000994-34.2008.8.19.0037, julgado em 26 de janeiro de 2011, pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sendo relator Mário Assis Gonçalves.

A presente ação foi proposta contra a edificação de um loteamento clandestino por terceiros em área de preservação ambiental. O apelo dos recorrentes é baseado na teoria do fato consumado, no direito à moradia. Houve ponderação de interesses no julgamento ante o direito à moradia e à proteção ao meio ambiente.

Vasta prova foi produzida nos autos na qual restou comprovado que o local, originalmente, era coberto por mata atlântica e algumas acessões estariam invadindo área de preservação ambiental. Comprovou-se nos autos que a apelada, sem qualquer autorização de desmembramento, o que impossibilitava o futuro registro dos bens, alienava os terrenos e os transferia aos compradores, pessoas humildes e de baixa renda, os ônus da documentação para transferência junto ao órgão competente, bem como de realizar a infraestrutura urbana necessária a uma vida digna no local.

A conduta ilegal do apelado resultou em notificação de embargo pela municipalidade, com lavratura do auto de infração. Ou seja, a apelada não possuía autorização municipal para construção. Logo, a negociação dos lotes não poderia ter ocorrido em razão da violação aos artigos 2º. E 37 da Lei n. 6.766/79, bem como do Plano Diretor do município. Ou seja, o loteamento foi realizado de forma clandestina e ao arrepio da lei. Considerando a irregularidade mencionada, o direito de demolição se impõe.

A teoria do fato consumado não foi acatada em função da necessidade de não se avalizar ainda mais o processo de favelização.

O argumento de que a remoção das famílias ali residentes violaria o direito constitucional à moradia e o valor absoluto da dignidade humana foi ponderado. Contudo, prevaleceu o interesse público nos termos do artigo 225 da Constituição Brasileira. Asseverou o julgador que o meio ambiente é bem comum de uso do povo, devendo todas as condutas do Poder Público serem direcionadas no sentido de sua integral proteção.

A demolição foi confirmada, eis que o meio ambiente é bem de uso comum do povo, devendo todas as condutas do Poder Público ser direcionadas no sentido de sua integral proteção.

3.3.11 Apelação cível nº. 2011.024559-8 do TJSC - www.tj.sc.gov.br

A decisão em questão diz respeito à interposição de apelação em face de ação demolitória sob n. 2011024559-8, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sendo relator Sérgio Roberto Baasch Luz.

O objeto da ação em análise é a demolição de construção realizada sem autorização municipal e em desobediência ao recuo e limite máximo de pavimentos. No estágio atual é impossível regularizar a obra que não obedece aos afastamentos mínimos estabelecidos em lei e nem mesmo o limite máximo de pavimentos.

A construção é atividade sujeita ao licenciamento do Poder Público. A ausência do licenciamento faz presumir dano à coletividade e à administração, consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências das áreas técnicas e urbanas.

A teoria do fato consumado e o princípio da proporcionalidade foram levantados, mas não socorrem o apelante, uma vez que é dever dos administrados agir em conformidade com a lei, e não a desrespeitar. No julgado houve observância, também, ao princípio da legalidade. A construção deve respeitar as leis que vigoravam quando da sua realização construção, principalmente porque, nos termos do art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, a ninguém é dado o direito de se escusar ao cumprimento da lei. Chegou-se, assim à decisão de primeiro grau a favor da demolição confirmada.

Se há dúvida, aguarda-se a formação do contraditório, produzindo-se a prova necessária para o bom esclarecimento do tema controvertido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.029498-3, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é agravante Sma Participações Ltda, e agravada Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis - FLORAM:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso. Custas legais.

3.3.12 Agravo de instrumento nº. 2007.029498-4 do TJSC - www.tj.sc.gov.br

A decisão em litígio diz respeito à interposição de agravo de instrumento em face de ação anulatória sob n. 2011024559-8, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sendo relator Jânio Machado.

Trata-se de agravo de recurso interposto nos autos da ação anulatória proposta por SMA Participações Ltda. contra FLORAM – Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis, na qual teve negado o pedido de tutela antecipada contra ato de embargo administrativo de obra. O objeto do recurso é a concessão de tutela antecipada para continuidade da construção.

Cumprе ressaltar que o loteamento está localizado no Campeche, havendo fortes indícios de que a construção maltrata a legislação de proteção ao meio ambiente. A licença concedida pela FATMA não assegura o pretенso direito de construir.

Para concessão da liminar, necessário demonstrar a verossimilhança do direito invocado que não se apresenta extreme de dúvida. A ausência da demonstração dos requisitos do artigo 273 do código de processo civil impede a concessão da medida pleiteada.

Não comprovados os requisitos exigidos para concessão da medida urgente, deve ser aguardado o contraditório com a produção de provas que possibilita uma melhor análise dos fatos.

Outra questão é a presença de elementos indicativos de que a obra civil dá-se em área de preservação permanente, justificando dessa forma a atuação do órgão municipal que obtém a competência para atuar a situações que envolve o meio ambiente, pouco importando a existência de anterior licença expedida pela Fatma.

No processo, há indícios de que houve infração à legislação ambiental e a autorização da FATMA não autoriza a construção.

O deferimento da tutela antecipada, sem maior produção de provas, poderá dar guarida à teoria do fato consumado, motivo pelo qual o recurso é improvido. A decisão é favorável ao meio ambiente e com vista a impedir a formação do direito consumado.

Apresenta-se, a seguir, conforme mencionado na introdução e para facilitar a visualização, um quadro apresentando sinteticamente os resultados da pesquisa jurisprudencial realizada com o posicionamento dos tribunais em relação à adoção da Teoria do Fato Consumado em matéria ambiental.

Quadro 1: Pesquisa jurisprudencial com o posicionamento dos tribunais em relação à adoção da Teoria do Fato Consumado em matéria ambiental

Tribunal/Processo	Posicionamento em relação à adoção da Teoria do Fato Consumado	Fundamentos da Decisão
TRF 4 – Quarta Turma - Processo n. 200604000328214	Favorável	O argumento utilizado foi de que a paralisação da obra poderia causar prejuízo irreparável aos responsáveis.
TRF 5 – Pleno - Processo n. 20058400001585402 Embargos Infringentes na Apelação Cível n. 393786/02	Favorável	Houve reconhecimento da competência municipal para autorizar o empreendimento.
TJRS – Primeira Câmara Cível - Processo – Apelação Cível n. 70038459277	Favorável	Como o apelante não se insurgiu contra o mérito da condenação, caracterizou-se o fato consumado.
TJRS – Primeira Câmara Cível - Apelação Cível n. 70026151829	Favorável	Dano ambiental já consolidado há 40 anos, cumprimento do mínimo existencial ecológico e do princípio da dignidade humana.
TJSC - Apelação Cível n. 2010.067830-9	Favorável	Fundamentou-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
TJSC - Apelação Cível n. 2008.070130-2	Favorável	Argumentou-se com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
TJSC - Apelação Cível n. 2008.020378-9	Favorável	A decisão foi baseada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
TJSC - Embargos Infringentes n. 2004.022725-6	Favorável	Sustentou-se que a obra tinha licença municipal, a área invadida era pequena em relação ao resto da área, que inexistia vegetação a ser preservada naquele local e, ainda, utilizaram-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.
STJ - Recurso especial n. 769.753 - SC (2005/0112169-7)	Contrário	Em observância ao princípio da prevenção, do respeito que deve existir do crescimento econômico para com o equilíbrio ecológico, pois o meio ambiente é bem de interesse transindividual, estando acima de interesses privados.

STJ - Processo n. 200501858123 Mandado de Segurança – 11125	Contrário	Neste caso, o fato consumado ocorreu a favor do meio ambiente, constatando-se a criação da área de preservação ambiental em litígio, de acordo com o Decreto publicado em 13 de fevereiro de 2006.
TRF 5 – Primeira Turma - Processo n. 200285000027419	Contrário	Reconheceu-se o fato consumado sob o argumento de que a autorização de registro de licença vigorou até 09 de julho de 2002, e a sentença foi posterior a essa data, ocasionando a extinção da relação jurídica automaticamente.
TJSP - Agravo de Instrumento n. 0141822-02.2008.8.26.0000	Contrário	Entendeu-se que em caso de concessão de tutela antecipada, a medida concedida poderia tornar-se irreversível.
TJSP - Apelação com Revisão n. 9213818-09.2005.8.26.0000	Contrário	Sustentou-se que o meio ambiente é o primeiro direito intergeracional e, em se tratando de responsabilidade em direito ambiental, essa é objetiva.
TJSP - Apelação com Revisão n. 0066006-87.2003.8.26.0000	Contrário	Reconheceu-se a supremacia do meio ambiente como direito intergeracional sobre o interesse do particular.
TJSP – Apelação com Revisão n. 9065682-75.2002.8.26.0000	Contrário	A base argumentativa é do meio ambiente como direito de todos e bem de uso comum do povo.
TJSP - Processo n. 9159124- 90.2005.8.26.0000	Contrário	Utilizou-se como argumento o meio ambiente como direito de todos e bem de uso comum do povo.
TJRJ - Apelação n. 0000994- 34.2008.8.19.0037	Contrário	O argumento foi de combater a favelização e reparar o dano ambiental, uma vez que o meio ambiente é bem de uso comum do povo e o interesse público deve prevalecer.
TJSC - Apelação Cível n. 2011.024559-8	Contrário	As leis municipais já vigoravam à época da construção, o que exigia a observância, por parte dos administrados, pois a ninguém é dado o direito de se escusar ao cumprimento da lei.
TJSC - Agravo de Instrumento n. 2007.029498-3	Contrário	Entendeu-se que, caso fosse deferida a tutela antecipada, a medida concedida poderia dar causa à aplicação do fato consumado, posteriormente.

Fonte: Diversos tribunais

4 CONCLUSÃO

A sociedade atual impõe a convivência com riscos criados pelo homem. Eles foram surgindo pelo processo de desenvolvimento da ciência e da tecnologia, como também pelo desenvolvimento da indústria, que precipitou o surgimento da poluição, também pelas guerras que ocorreram no século XX, pela bomba atômica e pelos acidentes nucleares e da natureza até os nossos dias atuais.

No início da era industrial, os riscos eram captados com maior facilidade pelos sentidos humanos. Por outro lado, na fase contemporânea eles são imperceptíveis, apresentando-se insuscetíveis de percepção pelos meios sensitivos não sofisticados. São exemplos as toxinas presentes em alimentos expostos à ação de agrotóxicos ou aqueles relacionados à produção de energia de fonte nuclear, citados por Beck (2010).

Verifica-se, por tais motivos, uma ausência de preocupação em relação aos problemas ambientais originados em processos industriais, até porque, na época, imaginava-se que o meio ambiente sempre se renovaria, apesar das fortes agressões contra ele praticadas pelo ser humano.

Da mesma forma, a desigualdade social está implicitamente ligada ao processo de modernização. E os países em desenvolvimento, em virtude da necessidade de se libertarem da pobreza, buscam sem limites o desenvolvimento científico-tecnológico. Então se tem que os conflitos sociais de uma sociedade, bem como o desenvolvimento técnico-científico, são formadores de riscos. Então, a sociedade transformou-se em fonte geradora de riscos, ou seja, tendo como objetivo o desenvolvimento econômico e tecnológico, visando proporcionar mais conforto e facilidade, transformou-se em uma sociedade de risco.

No momento em que a sociedade admite a situação de risco, oriunda da excessiva produção social de riquezas, surgem as alterações na economia, no comportamento, na política, eis que essa situação ocasiona uma insegurança dos mercados e da população em geral em decorrência de catástrofes ecológicas.

Importante ressaltar que o risco está sempre relacionado com o futuro. Ou seja, os problemas, se não refreados, causarão muitos prejuízos às próximas gerações além das que já existem. Nessa linha de pensamento, o direito ambiental na atualidade tem como um dos objetivos assegurar a qualidade de vida para as gerações vindouras.

A assimilação pela sociedade contemporânea da existência do risco surtiu o interesse no seu estudo pelos juristas com a intenção de qualificá-lo de forma a haver pelos membros da sociedade uma preocupação e, em consequência, ocasionar mudanças de comportamentos e atitudes.

Essa possibilidade de risco permite a criação de uma consciência diante da realidade dos fatos atuais e viabiliza constantes mudanças, a partir do reconhecimento de que a forma atual não atinge as expectativas. Objetiva, assim, a qualificação de nova consciência com vistas ao estabelecimento de um futuro diferenciado. E a sociedade, em nome de viver uma vida digna, submete-se e aceita os efeitos colaterais dos riscos, quer através da ingestão de alimentos, pois para o seu crescimento há o uso de pesticidas, que são utilizados na produção agrícola para ter um produto melhor, com maior durabilidade, quer através da poluição do ar, do lixo nuclear, entre outros.

O que esperar do futuro se a sociedade aceita correr o risco de ingerir alimentos não tão saudáveis em nome do conforto e da facilidade?

A incerteza sobre o futuro é uma consequência normal da existência do homem. Entretanto, após inúmeras constatações, já mencionadas nesse trabalho, é quase impossível imaginar a vida em sociedade sem riscos. Contudo, as ciências sociais, na atualidade, chegaram a um acordo de que houve uma transformação na sociedade da era agrária para a capitalista e industrial. A fase capitalista ou era moderna estabelece uma nova relação entre os homens que tem por objetivo a produção de bens. Essa produção vem acompanhada de uma consequência crucial que é a desigualdade na distribuição da renda. O mundo consciente de seus riscos atuais busca alternativas para conviver com eles, desde que os prejuízos mantenham a qualidade de vida e a dignidade humana.

Então, o risco é presente. Não somente em nosso pensamento, mas em todas as fases da vida e ultrapassando as fronteiras, ou seja, de forma global, igualando a todos os seres humanos em relação aos seus efeitos. O que significa que, na atualidade, há a distribuição dos riscos para toda a humanidade.

Isso não quer dizer que o mundo ficou pior. Porém, o Planeta ressurge com um novo componente a exigir novas maneiras de observar as coisas e de criar soluções alternativas. Como já mencionado, a situação pela qual a sociedade passa nesse momento histórico é de conscientização dos fatos e observa-se que a mesma, através de instituições, está buscando criar mecanismos jurídicos eficazes,

objetivando garantir qualidade de vida digna ao homem de hoje e das futuras gerações.

O Planeta e a humanidade se encontram expostos, na atualidade, a uma profunda crise ambiental, advinda da utilização desmedida dos recursos naturais. Não há indícios de retorno do meio ambiente ao *status quo ante* e nem mesmo de diminuição da ação humana no sentido de desacelerar os malefícios à natureza.

Apesar de todos os riscos que a sociedade produz diariamente, não se pode ter uma visão negativa da humanidade ou mesmo das futuras gerações. Mas sim, deve-se vislumbrar no horizonte uma oportunidade de dar a volta por cima, por meio de qualificação de gestão ambiental, criação de normas e programas de educação ambiental. É necessário salientar que a humanidade está se conscientizando do problema e buscando alternativas adequadas, através da aplicação do conhecimento já adquirido em todas as áreas (filosofia, direito, engenharia, etc.) de que somente ter-se-á vida se houver um meio ambiente sadio.

O auxílio ao meio ambiente, da forma como está atualmente, não é uma tarefa fácil, quanto mais de retorno a curto prazo, muito pelo contrário, se dará a longo, longuíssimo prazo. Faz-se necessário criar uma política de educação ambiental bastante sólida, envolvendo não apenas as escolas, mas diferentes setores da sociedade, a fim de modificar ações errôneas que passaram de geração para geração como se corretas fossem.

Entretanto, para que essa “missão” não fique apenas no papel, é imprescindível que as pessoas tenham consciência de que seus atos agora poderão, de fato, ecoar por toda a eternidade, levando consequências para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

ART, Henry W. (Ed.). **Dicionário de ecologia e ciência ambiental**. Tradução: Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (Orgs.). **Estado de direito ambiental: tendências**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

AYALA, Patrick de Araújo; FERREIRA, Helene Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Mudanças Climáticas e Biodiversidade: a vulnerabilidade da Floresta Amazônica em face da crescente demanda por etanol. **Revista Internacional Direito e Cidadania**. s.d. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000246>>. Acesso em: 05 ago. 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/6941801/Teoria-Dos-Principios-Da-Definicao-A-Aplicacao-Dos-Principios-Juridicos-Humberto-Avila>>. Acesso em: 08 ago. 2011.

_____. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZUELA, Antonio. Em torno dos fundamentos socioculturais do direito ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Direito ambiental em evolução**. n. 4. Curitiba: Juruá, 2005, p. 95-122.

BARRAL, Welber; FERREIRA, Gustavo Assed. Direito ambiental e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). **Direito ambiental e desenvolvimento**. Florianópolis: Boiteux, 2006.

BARROSO, Roberto Luís. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n.4, p. 160, 1996.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 11-71.

_____. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Trad.: Jorge Navarro; Daniel Liménez; Maria Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.

_____. **La sociedad del riesgo global**. 2.ed. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de Espana. 2006.

_____. **A sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BEGON, Michael; TOWNSEND, Colin R.; HARPER, John L. **Ecologia**: de indivíduos a ecossistemas. Tradução: Adriano Sanches Melo. 4.ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.

BELLO FILHO, Ney de Barros. Teoria do direito e ecologia: apontamentos para um direito ambiental no século XXI. In: FERREIRA, Helini Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Estado de direito ambiental**: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 71-108.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007. P. 57-130.

BITTENCOURT; MARCONDES (RT 652/14).

BRITO, Daniel Chaves de; RIBEIRO, Tânia Guimarães. A modernização na era das incertezas: crise e desafios da teoria social. **Ambiente e sociedade**, Campinas, v. 6, n. 1, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007. p. 1-11.

CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, n. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 62-91.

_____. **Dano ambiental futuro**: a responsabilidade civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CHIAVASSA, Tércio. **Tutelas de urgência cassadas**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 279-291.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 6.ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 1994.

CRETTON, Ricardo Aziz. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CUIABANO, Renata Maciel. O princípio da proporcionalidade no direito ambiental: breves exemplos de implementação no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001, p. 317-322. Disponível em: <ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/download/1800/1497>. Acesso em: 08 ago. 2011.

DAJOS, Roger. **Princípios de ecologia**. 5.ed. Tradução: Fátima Murad. Porto Alegre: Artmed, 2005.

DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. Trad.: Cristiano Paixão; Daniela Nicola; Samantha Dobrowski. **Revista Sequência. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da**

Universidade Federal de Santa Catarina, n. 28, a. 15, p. 45-54. jun. 1994.

DE PLÁCIDO SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. 12.ed. v.2. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1997.

DUARTE, Marise Costa de Souza. As novas exigências do direito ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros (orgs.). **Direito ambiental contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004.

FERREIRA, Odin Brandão. **Fato Consumado**. História e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Fabris, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 10.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. **Direito processual ambiental brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FOLADORI, Guillermo. **Limites do desenvolvimento sustentável**. Campinas: Editora Unicamp, São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

_____. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Antony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução: Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 73-133.

GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GOUVÊA, Marcos Antônio Maselli de Pinheiro. O princípio da razoabilidade na jurisprudência contemporânea das Cortes Norte-Americanas. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. v. V: Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 9.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

JACOBS, Michael. O meio ambiente, a modernidade e a terceira via. In: GIDDENS, Antony (Org.). **O debate global sobre a terceira via**. Tradução: Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Editora Unesp, 2007, p. 443-472.

KISS, Alexandre; BEURIER, Jean-Pierre. **Droit international de l'environnement**. 3.ed. Paris: Pedone, 2004.

LATOUR, Bruno; SCHWARTZ, Cécile; CHARVOLIN, Florian. Crises dos meios ambientes: desafios às ciências humanas. In: ARAÚJO, Hermes Reis de (Org.). **Tecnociência e cultura**: ensaios sobre o tempo presente. São Paulo: Estação Liberdade, 1998, p. 91-123.

LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os novos direitos no Brasil**: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Novas tendências e possibilidades do direito ambiental no Brasil. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 181-292.

LEITE. José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Transdisciplinariedade e a proteção jurídico-ambiental em sociedades de risco: direito, ciência e participação. In: LEITE, José Rubens Morato; FILHO, Ney de Barros Bello (Orgs.). **Direito ambiental contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004, p. 99-125

_____. AYALA, Patrick de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007. p. 130-204.

_____. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial – teoria e prática**. 3.ed. rev. atual. ampl.. São Paulo: RT, 2010.

LOUBET, Luciano Furtado. **Regime jurídico do ecoturismo e o papel do ministério público em sua defesa e controle**. s.d. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ecoturismo.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2011.

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento**. Tradução: Juarez Guimarães e Suzane Felicie Léwy. São Paulo: Busca Vida, 1987.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 10.ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO, Jeanne da Silva. **A solidariedade na responsabilidade ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARTINI, Simone; FERRONATTO, Rafael Luiz. **O tempo ambiental e o fato consumado**: o estudo de um caso. Disponível em: <http://esameavvocato.diritto.it/system/docs/28873/original/O_TEMPO_AMBIENTAL_E_O_FATO_CONSUMADO.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2011.

MATEO, Ramón Martin. **Tratado de derecho ambiental**. Madrid: Editorial Trivium, 1991, vol. 1.

MATTEDI, Marcos Antônio. As interpretações sociológicas das dinâmicas sociais de construção do risco na sociedade moderna. **Revista Grifos**. Chapecó, 2002, p. 129-151.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Princípio do fato consumado no direito administrativo**. Disponível em: <http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/principio_do_fato_consumado_no_direito_administrativo.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Direito do ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 4.ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Direito do ambiente:** doutrina, jurisprudência, glossário. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRRA, Álvaro. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MIRRA, Álvaro Luíz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, n. 2, a. 1, abr./jun. 1996.

MORAES, Thiago Drumond; NASCIMENTO, Maria Livia do. Da norma ao risco: transformações na produção de subjetividades contemporâneas. **Psicologia em estudo**, Maringá, v. 7, n. 1, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 18 jun. 2011.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria.** Tradução: Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1995.

ODUM, Eugene P. **Ecologia.** Tradução: Ricardo Iglesias Rios e Christopher J. Tribe. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.

_____; BARRETT, Gary W. **Fundamentos de ecologia.** Tradução: Pégasus Sistemas e Soluções. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

OST, François. **O tempo do direito.** Trad.: Élcio Fernandes. Bauru-SP: Edusc, 2005.

PARDO, José Esteve. **Técnica riesgo y derecho:** tratamiento del riesgo tecnológico em el derecho ambiental. Barcelona: Ariel, 1999.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Reginaldo; WINCKLER, Silvana; FRANCO, Gilza Maria de S.. Re-significação dos princípios do direito ambiental a partir da ecologia. **Revista Sequência:** estudos jurídicos e políticos. n. 56. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 123-150.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário.** São Paulo: Dialética, 2000.

PORTANOVA, Rogério. Direitos humanos e meio Ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: LEITE, José Rubens Morato; FILHO, Ney de Barros Bello (Orgs.). **Direito ambiental contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004, p. 621-642.

PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 5.ed. Paris: Dallos, 2004.

PRIEUR, Michel. **Prieur defende um novo princípio no direito ambiental**. 2010a. Disponível em:<<http://www.observatorioeco.com.br/prieur-defende-um-novo-principio-no-direito-ambiental/>>. Acesso em: 05 ago. 2011.

_____. Professor francês traz novidades sobre direitos humanos e meio ambiente ao apresentar projeto de convenção internacional de refugiados ambientais. 06/09/2010b. Disponível em:<<http://www.prr3.mpf.gov.br/content/view/433/2/>>. Acesso em: 05 ago. 2011.

RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3.ed. São Paulo: RT, 1991.

REALE, Miguel. **Revogação e anulação do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

RICKLEFS, Robert E. **A economia da natureza**. 5.ed. Tradução: Cecília Bueno, Pedro P. de Lima-e-Silva e Patrícia Moussinho. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003.

ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontextualidade e direito ambiental reflexivo. **Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos**. n. 53. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 9-28.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Trad.: Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Economia ou economia política da sustentabilidade. In: MAY, Peter H.; LUSTOSA, Maria Cecília; VINHA, Valéria da (Orgs.). **Economia do meio ambiente: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 1-29.

SANTA CATARINA. **Lei nº 14.675, de 13 de abril de 2009**: Institui o Código Estadual do Meio Ambiente e estabelece outras providências. Disponível em: <http://www.sc.gov.br/downloads/Lei_14675.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 25-102.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Reinaldo Pereira e. O direito fundamental ao ambiente natural. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Editora Método, 2008.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SOUZA, Renato Santos de. **Entendendo a questão ambiental**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000.

STEINMETZ, Wilson Antonio. **Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: RT, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100>. Acesso em: 18 jul. 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. **Processo ambiental**. Uma proposta de razoabilidade na duração do processo. Curitiba: Juruá, 2008.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 124.

TESSLER, Marga Inge Barth. O fato consumado e a demora na prestação jurisdicional. **Revista CEJ**, Brasília, n. 27, p. 95-101, out./dez. 2004.

ZANELLA, Gabriel Gonzales; NETO, Daniel Lena Marchiori; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. Reparação extrapatrimonial dos danos ambientais à luz da teoria da complexidade de Edgar Morin. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 1, n. 2, p. 65-81, jul. 2006. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v1n2/a5.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2011.

ZANINI, Cristiane; PEREIRA, Reginaldo. **A (não) aplicação dos métodos de valoração monetária de bens ambientais em processos em transações penais e suspensões condicionais de processos na Comarca de Chapecó – SC**. Disponível em: <<http://www5.unochapeco.edu.br/pergamum/biblioteca/php/imagens/000065/000065F4.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2011.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). **O estado de direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.